NAFTA SECRETARIAT
SECRÉTARIAT DE L'ALÉNA
SECRETARIADO DEL TLC

NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT
ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN
TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

100-06896/

IN THE MATTER OF:

CERTAIN SOLDER JOINT PRESSURE PIPE FITTINGS AND SOLDER JOINT DRAINAGE, WASTE AND VENT PIPE FITTINGS, MADE OF CAST COPPER ALLOY, WROUGHT COPPER ALLOY OR WROUGHT COPPER, ORIGINATING IN OR EXPORTED FROM THE UNITED STATES OF AMERICA AND PRODUCED BY OR ON BEHALF OF ELKHART PRODUCTS CORPORATION, ELKHART, INDIANA, NIBCO INC., ELKHART, INDIANA, AND MUELLER INDUSTRIES, INC., WICHITA, KANSAS, THEIR SUCCESSORS AND ASSIGNS

CDA-USA-98-1904-03

ARTICLE 1904
BINATIONAL PANEL REVIEW PURSUANT TO THE NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT

In the Matter of:

CERTAIN SOLDER JOINT PRESSURE PIPE FITTINGS AND SOLDER JOINT DRAINAGE, WASTE AND VENT PIPE FITTINGS, MADE OF CAST COPPER ALLOY, WROUGHT COPPER ALLOY OR WROUGHT COPPER, ORIGINATING IN OR EXPORTED FROM THE UNITED STATES OF AMERICA AND PRODUCED BY OR ON BEHALF OF ELKHART PRODUCTS CORPORATION, ELKHART, INDIANA, NIBCO INC., ELKHART, INDIANA, AND MUELLER INDUSTRIES, INC., WICHITA, KANSAS, THEIR SUCCESSORS AND ASSIGNS

CDA-USA-98-1904-03

DECISION OF THE PANEL

ON REVIEW OF THE CANADIAN INTERNATIONAL TRADE TRIBUNAL ORDER OF OCTOBER 16, 1998

April 3, 2000

Before: D. Michael Kaye, Esq. (Chair)
Prof. Jeffery C. Atik
Jane C. Luxton, Esq.
E. Neil McKelvey, O.C., Q.C.
Prof. David J. Mullan

Hearing: February 8, 2000, Ottawa, Ontario, Canada

APPEARANCES:

The Complainants

Mr. Darrel H. Pearson and Mr. Jeffery D. Jenkins on behalf of Cello Products Inc. and Bow Metallics Inc.

In Opposition to the Complainants:

Mr. Lawrence L. Herman on behalf of Mueller Industries, Inc. and Streamline Copper & Brass Ltd.

Mr. Riyaz Dattu on behalf of Nibco Inc.

On Behalf of the Canadian International Trade Tribunal:

Mr. Gerry H. Stobo and Ms. Tamra A. Alexander on behalf of the Canadian International Trade Tribunal

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION....1

II. STANDARD OF REVIEW....3

III. ISSUE ONE....10

Did the Canadian International Trade Tribunal err in finding that Streamline Copper & Brass Ltd. was part of, and should not be excluded from, the domestic industry for purposes of the review inquiry?

IV. ISSUE TWO....14

Did the Canadian International Trade Tribunal err by failing to establish a quantum of materiality in conducting its causation analysis?

V. ISSUE THREE....17

Did the Canadian International Trade Tribunal err in the Request for Information process by misapprehending the nature of its statutory authority, by pre-judging the relevance of information requested by Cello Products Inc. and Bow Metallics Inc., and by restricting the threshold of admissibility to a new clearly of relevance standard?

VI. CONCLUSION....26

I. INTRODUCTION

This Panel was convened pursuant to Article 1904 of the *North American Free Trade Agreement* ("NAFTA") in response to a Complaint filed with the Canadian Secretariat on December 21, 1998 by Canadian domestic manufacturers Cello Products Inc. ("Cello") and Bow Metallics Inc. ("Bow") (the "Complainants"). The Complaint related to an order of the Canadian International Trade Tribunal (the "CITT") made on October 16, 1998 in Review No. RR-97-008 rescinding its finding of October 18, 1993 in Inquiry No. NQ-93-001 concerning certain solder joint pressure pipe fittings and solder joint drainage, waste and vent pipe fittings, made of cast copper alloy, wrought copper alloy or wrought copper, originating in or exported from the United States of America and produced by or on behalf of Elkhart Products Corporation, Elkhart, Indiana, Nibco Inc., Elkhart, Indiana, and Mueller Industries, Inc., Wichita, Kansas, their successors and assigns.

In Inquiry No. NQ-93-001, the CITT had found that dumping in Canada of the subject goods, with some exceptions, had caused, was causing and was likely to cause material injury to the production in Canada of like goods. In its 1998 review of that finding in Review No. RR-97-008 made under subsection 76(2) of the *Special Import Measures Act* ("SIMA"), the CITT found that there was a likelihood of resumed dumping, but that such dumping was not likely to cause material injury to the Canadian industry, and rescinded the finding in Inquiry No. NQ-93-001 by its order of October 16, 1998 made pursuant to subsection 76(4) of SIMA.

In accordance with a prescribed timetable, briefs were filed on behalf of the Complainants, Cello and Bow, and on behalf of Mueller Industries Inc. ("Mueller") and Streamline Copper & Brass Ltd. ("Streamline") and on behalf of the CITT. The Complainants filed a reply brief. Counsel for Nibco Inc. ("Nibco") did not file a brief.

Counsel for the Complainants submitted on appeal that in Review No. RR-97-008, the CITT had committed errors of jurisdiction, failed to follow principles of natural justice and erred in law and fact. They requested that the finding of no likelihood of material injury to the domestic industry be set aside and replaced with a finding of likelihood of material injury, or alternatively, that the matter be remanded to the CITT with directions that it make a finding of likelihood of material injury. They also submitted that Streamline should be excluded from the domestic industry in the CITT's analysis. Counsel for Mueller, Streamline and the CITT countered that the Panel should uphold the CITT's decision.

Counsel for the Complainants had argued before the CITT that Streamline, a Canadian manufacturer and affiliate of Mueller, should not be included as part of the Canadian domestic industry. The CITT rejected this submission and, in its order, found that Streamline was part of and should not be excluded from the domestic industry. Counsel for the Complainants submit that the CITT was in error in so doing. Counsel for Mueller, Streamline and the CITT support the CITT's decision.

The CITT's Statement of Reasons, in finding that future dumping would not likely cause material injury to the Canadian industry, considered many factors, including market and

competitive conditions, prices ands price trends. (See Section IV below). However, it did not quantify the degree to which U.S. producers would be expected to dump subject goods if the existing order were lifted. The Complainants submit that failure to do so constituted reversible error.

Pursuant to the practice of the CITT and guidelines issued by it during Review No. RR-97-008, the parties submitted to other parties a number of requests for information. The CITT, in its notice to the parties of the practice it intended to follow with respect to such requests, reserved the right to disallow requests not considered appropriate. By a letter to the parties dated June 26, 1998, the CITT disallowed some requests for information by Cello to Mueller, Streamline and Nibco. Counsel for the Complainants submitted on application for review that the CITT was in error in disallowing their requests for information. Counsel for Mueller, Streamline and the CITT supported the CITT's decision. Counsel for Nibco made no separate submission but expressed agreement with the submissions of counsel for the CITT.

This Binational Panel was convened to review the CITT's decision. A hearing was held on February 8, 2000 in Ottawa, Ontario, Canada, in the presence of all members of the Panel and counsel for all parties.

The Complainants' brief, after submissions on the standard of review to be applied in reviewing a decision of the CITT pursuant to Article 1904 of the NAFTA, raised two substantive issues and one procedural issue, as follows:

Issue No. 1 Did the CITT err in finding that Streamline was part of, and should not be excluded from, the domestic industry for purposes of the review inquiry?

Issue No. 2. Did the CITT err by failing to establish a quantum of materiality in conducting its causation analysis?

Issue No. 3: Did the CITT err in the request for information process by misapprehending the nature of its statutory authority, by pre-judging the relevance of information requested by Cello and Bow, and by restricting the threshold of admissibility to a new clearly of relevance standard?

Complainants submit that the answer to the questions in all three issues should be in the affirmative. Mueller, Streamline and the CITT submit that the answers should be in the negative.

All of these issues were thoroughly addressed at the hearing by counsel for Complainants, Mueller and Streamline and the CITT.

II. STANDARD OF REVIEW

A. Position of Counsel

1. Substantive grounds of review

In both their written and oral submissions, counsel for the Complainants put in issue the standard of review to be applied by this Panel in reviewing the decision of the CITT. They conceded on the two substantive grounds of challenge that the standard of review was one of patent unreasonableness, this currently being the most deferential basis for scrutiny of tribunal and agency decision-making under Canadian judicial review law. However, they also urged that that standard of review required the Panel to probe beneath the reasons provided by the CITT for its decision. It necessitated an assessment of the allegations made in light of an in-depth examination of the contents of the administrative record.

While agreeing with the position of counsel for the complainants on the standard of review to be applied to the substantive issues, counsel for both the respondent companies and the CITT argued that the specific substantive allegations did not require the Panel to probe the administrative record in depth. Rather, both these issues could and should be reviewed simply on the basis of the written reasons provided by the CITT. Counsel for the respondent companies also claimed that, even if the standard was not that of patent unreasonableness, he was nonetheless prepared to argue that the decisions of the CITT on the two substantive issues were neither unreasonable nor even incorrect, these being the other two principal standards of scrutiny under Canadian judicial review law.

2. Procedural grounds of review

In contrast to their position on the substantive grounds of review, counsel for the Complainants contended that the Panel should adjudicate on a correctness basis their assertions of a breach of the rules of natural justice or procedural fairness arising out of the CITT's conduct of the Request for Information ("RFI") or pre-hearing discovery process. This was opposed by counsel for both the respondent companies and the CITT. They argued that, in assessing any complaints over the way in which the CITT had conducted the RFI process, the Panel was obliged to accord the CITT some considerable measure of deference.

B. The Relevant Law

1. General

a. The legislative regime

Article 1904(3) of Chapter 19 of the *North American Free Trade Agreement*, incorporated into Canadian law by the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c.44, provides:

> The panel shall apply the standard of review set out in Annex 1911 and the general legal principles that a court of the importing country Party would apply to a review of a determination of the competent investigating authority.

Annex 1911 to Chapter 19 of NAFTA goes on to provide that

> **standard of review** means the following standards, as may be amended from time to time by the relevant Party:
>
> (a) in the case of Canada, the grounds set out in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*, as amended, with respect to all final determinations.

Section 18.1(4) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985 (as amended by S.C. 1990, c.8) specifies that tribunals and agencies coming within the ambit of that Act are subject to review on the following grounds:

> (a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;
>
> (b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;
>
> (c) erred in law in making a decision or order, whether or not that error of law appeared on the face of the record;
>
> (d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard to the evidence before it;
>
> (e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or
>
> (f) acted in any other way that was contrary to law.

b. <u>Standard of review</u>

Notwithstanding that the provisions of section 18.1(4) when read literally might suggest that the appropriate standard of review under each of those provisions is a standard of correctness, the Supreme Court of Canada and the Federal Court have almost invariably read the terms of this provision (and its predecessor) as subject to the general Canadian common law principles of judicial review. To the extent that Article 1904(3) of NAFTA requires this Panel to apply the "general legal principles" which a Canadian court would deploy in reviewing a decision of the CITT, we too are required to give effect to those common law principles.

Under those common law principles of judicial review, there is a varying level of intensity in the degree of judicial scrutiny of the determinations of all forms of statutory and

prerogative decision-makers. The appropriate standard for intervention depends on a "pragmatic and functional" approach to the nature of the tribunal and its statutory mandate, and ranges from "correctness" review at one of end of the spectrum, through unreasonableness review, to patent unreasonableness review at the other end.

A typical example of this line of precedent is provided by the judgment of the Supreme Court of Canada in *National Corn Growers Association* v. *Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, cited and relied upon by the Complainants. In *National Corn Growers*, the Court was concerned with a judicial review application brought under the *Federal Court Act* against a decision of the predecessor of the CITT, the Canadian Import Tribunal made (as here) under the *Special Import Measures Act*, S.C. 1984, c.25. The Supreme Court accepted that, in conducting judicial review of the decisions of an expert tribunal such as the Canadian Import Tribunal determining questions within its jurisdiction and protected by a form of privative clause, it should intervene only in situations where the tribunal had made a patently unreasonable determination on a matter of either law or fact. Only in the domain of rare but truly jurisdiction-limiting provisions would the standard of judicial review be that of correctness. In the course of so doing, the Court (at pp.1369-70) acknowledged explicitly that it was placing a gloss on the "quite broad" grounds of judicial review then provided for in the relevant provision of the *Federal Court Act*.

As already noted, the Complainants do not contest that the two substantive issues in contention in these proceedings are matters within the jurisdiction of the CITT and, therefore, in relation to those issues, the only questions that really need to be asked are, first, whether the standard of judicial review to be applied by the Panel is now in any way different from that accepted by the Supreme Court of Canada in *National Corn Growers*, and, secondly, if there has been no change, what precisely patent unreasonableness review of those two matters involves.

2. Determination of substantive questions

a. <u>The appropriate standard</u>

At the time that *National Corn Growers* was decided, section 76(1) of the SIMA contained a privative clause to the effect that "every order of the Tribunal is final and conclusive." In rendering the majority judgment in that case, Gonthier J. made specific reference (at p.1370) to the terms of that section in justification of a deferential standard of judicial review:

> In this particular case, s.76 of SIMA provides that the CITT's decision, with certain limited exceptions, is final and conclusive. Given this provision, this Court, therefore, will only interfere with the CITT's ruling if it acted outside the scope of its mandate by reason of its conclusions being patently unreasonable.

However, that provision was amended effective as of January 1, 1994 and the privative wording removed, so that section 76(1) now reads:

> 76. (1) Subject to subsection 61(3) and Part I.1 or II, an application for judicial review of

> an order or finding of the CITT under this Act may be made to the Federal Court of Appeal on any of the grounds set out in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*.

Given the context of that change, amendments to the SIMA in the wake of Canada's entry into the NAFTA, questions were inevitably raised as to whether this change had as its objective more intensive judicial and Panel scrutiny of the merits of determinations made in trade disputes by the CITT. While this question has yet to come before the Supreme Court of Canada, the Federal Court of Appeal has for the most part rejected this argument and continued to apply a patent unreasonableness test to the review of determinations of the CITT of matters within its jurisdiction.

In *Canadian Pasta Manufacturers' Association* v. *Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (F.C.A.), the Court noted (at p.332) that

> ...the other factors which point towards a need for judicial deference, most particularly the scheme of the statute, the subject matter of the inquiry and the specialized and expert nature of the Tribunal, are still in place.

More recently, in *Canada (Attorney General)* v. *Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 F.C. 514, Linden J.A. accepted that the standard of judicial review of matters within the jurisdiction of the CITT was that of patent unreasonableness. In so doing, he reiterated that the standard of correctness was restricted to situations where the CITT was "making a decision regarding its own jurisdiction."

Subsequently, a majority of the Panel in *Certain Hot-Rolled Carbon Steel Plate Originating in or Exported from Mexico (Decision of Panel on Standard of Review and Demand Order)* (May 19, 1999), CDA-97-1904-02 (NAFTA Ch. 19 Panel) accepted that *Symtron Systems* stated the Canadian law accurately. In doing so, the majority panelists emphasized that, while there is no longer a privative clause, under SIMA such matters still originate by way of an application for judicial review rather than statutory appeal. This was seen as highly significant in the application of a patent unreasonableness rather than an unreasonableness standard.

This judicial response to the removal of the privative clause from section 76(1) of the Act also has the support of the Supreme Court of Canada to the extent that that Court has now accepted that the presence or absence of a privative clause is but one factor among others which under a "pragmatic and functional" approach goes towards determining the appropriate standard of review: *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act)* v. *Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

All of this serves to indicate that on issues that are not truly jurisdictional, the standard to be applied to rulings of the CITT remains that of "patent unreasonableness." Indeed, all of this seems to have been accepted by the parties to these proceedings and, in particular, by the concession of the Complainants. We therefore conclude that in terms of the directive contained in Article 1904(3) of Chapter 19 of the NAFTA, we should apply the patent unreasonableness standard of review in assessing the two substantive issues raised by the complaining companies

b. Applying patent unreasonableness

In both their written and oral submissions, counsel for Complainants urged upon the Panel the following statement by Gonthier J. from *National Corn Growers*, *supra*, at p. 1370:

> In some cases, the unreasonableness of a decision may be apparent without detailed examination of the record. In others, it may be no less unreasonable but this can only be understood upon an in-depth analysis.

This raises the question of the extent to which in this instance it was part of the obligation of this Panel to probe beneath the reasons of the CITT and, in particular, examine the allegations of patent unreasonableness made by the complaining companies in light of the administrative record compiled by the CITT.

After careful reflection, it is our view that the particular grounds of review that the Complainants were urging upon us were not ones that required an in-depth analysis of the record. In general, we were guided in reaching this conclusion by the following statement by Evans J.A. in *Stelco Inc.* v. *British Steel Canada Inc.*, January 25, 2000, A-365-98 (F.C.A.) [unreported] (at para. 18):

> [T]he facts in dispute in this case are manifestly within the expertise of the CITT, and unless the Court exercises a very high degree of restraint and resists the domestic producers' invitation to subject the findings to close scrutiny through the record, it runs the risk of second guessing the conclusions reached by the specialized Tribunal.

More particularly, however, at no point did the Complainants seek to rely upon arguments that the CITT's findings of primary fact or inferences from those primary facts lacked support in the administrative record. Rather, their complaints were ones that involved primarily allegations of gaps and inconsistencies within the reasons of the CITT, as well as errors of law and principle in the crafting of those reasons, including the drawing of inferences that were not justified by the facts as found. As a consequence, we have confined our review of the CITT's decision to an evaluation within the patent unreasonableness standard of the reasons provided by the CITT. We have not gone beyond those reasons to the administrative record itself.

Once again, however, in relation to aspects of that review of the reasons provided by the CITT, we have been aided by the judgment of the Federal Court of Appeal in *Stelco Inc.* v. *British Steel Canada Inc.*, *supra* (at paras. 25-26):

> Given the discretionary nature of the Tribunal's decision-making power under subsection 76(4), it is impossible in the abstract to say that any one of the factors typically considered by the Tribunal in these cases is so intrinsically important that it must always be dealt with in the Tribunal's reasons, whenever it is put in issue by the parties. It is for the Tribunal to determine the significance of any given factor in light of its conclusions on other factors.

The burden is on the applicant to demonstrate that any factor on which the Tribunal did not make a reasoned finding was, on the facts of the case, of such manifest importance that the Tribunal was bound in law to deal with it expressly in its reasons for decision. . .

c. Breach of the rules of natural justice and procedural unfairness in the conduct of the RFI process

As submitted by counsel for the Complainants, the general position of the Canadian courts has been that the searching standard of correctness is the appropriate one to be applied to allegations of the rules of natural justice or procedural unfairness. Tr. at 13. However, in certain contexts, the courts have conceded considerable autonomy to tribunals and agencies in the making of procedural rulings or determinations. Very recently, in *Baker* v. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, L'Heureux-Dubé J., speaking for the Court, described (at para. 27) the circumstances under which such a deferential approach should be taken to the procedural rules and rulings of an agency or tribunal:

> [T]he analysis of what procedures the duty of fairness requires should also take into account and respect the choices of procedures made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances: Brown and Evans [*Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf)], at pp. 7-66 to 7-70. While this, of course, is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints: *IWA.* v. *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, *per* Gonthier J.

In this instance, the particular procedural concern of the Complainants is alleged deficiencies in the rules that the CITT has developed and imposed in this case relating to pre-hearing discovery of material in the possession of the parties opposed in interest. On this particular issue of pre-hearing discovery, the judgment of MacGuigan J.A. for the Federal Court of Appeal in *CIBA-Geigy Ltd.* v. *Canada (Patented Medicine Prices Review Board)* (1994), 170 N.R. 360 (F.C.A.), while not directly on point, nonetheless, is very instructive. This case involved an attempt in the context of a price-gouging proceeding before the Board to secure discovery of documents in the possession of the Board itself. Speaking for the Court, MacGuigan J.A. (at para. 5) quoted at length from the judgment of McKeown J. at first instance: [1994] 3 F.C. 425 at pp. 445-46. The following extracts are the most salient for present purposes:

> The Board has made a decision refusing disclosure of the documents requested and I should give such a decision curial deference unless fairness or natural justice requires otherwise. Disclosure cannot be decided in the abstract. The Board is supposed to proceed efficiently and to protect the interest of the public. This requires, *inter alia*, that a hearing shall not be unduly prolonged. Certainly, the subject of the excess price hearing is entitled to know the case against it, but it should not be permitted to obtain all the evidence which has come into the possession of the Board in carrying out its

> regulatory functions in the public interest on the sole ground that it may be relevant to the matter at hand.....Law and policy require that some leeway be given an administrative tribunal with economic regulatory functions....It is not intended that proceedings before these tribunals be as adversarial as proceedings before a court. To require the Board to disclose all possibly relevant information gathered while fulfilling its regulatory obligations would unduly impede its work from an administrative viewpoint. Fairness is always a matter of balancing diverse interests.

While we are concerned here with an attempt to secure discovery of material in the possession of parties rather than material in the possession of the tribunal or agency, the considerations referred to by McKeown J. (and specifically endorsed by the Federal Court of Appeal) clearly have relevance. Section 17 of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c.47 (4th Supp.) designates the CITT as a court of record with all the powers of a superior court with respect to the "production and inspection of documents." Section 35 of that Act then goes on to specify that

> [h]earings before the Tribunal shall be conducted as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.

Both these provisions speak to the existence of considerable discretion and latitude on the part of the Board in the crafting of procedures to reflect the imperatives of the particular regulated domains over which the CITT has substantive jurisdiction or authority. Indeed, this would seem to be particularly so in the case of pre-hearing procedures such as discovery of material in the possession of parties.

As held by the Federal Court of Appeal in *CIBA-Geigy*, *supra*, tribunals involved in economic regulation may not be engaged in the kind of administrative process that is sufficiently akin to criminal proceedings to attract the application of the principles enunciated by the Supreme Court of Canada in *R.* v. *Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, under which, in a criminal case, the Crown has a legal duty to make total disclosure to the defense. However, even in the event that the common law of procedural fairness dictates that the parties are entitled to a form of discovery (as in *Ontario (Ontario Human Rights Commission)* v. *Ontario (Board of Inquiry into Northwestern General Hospital)* [1993], 115 D.L.R. (4th) 279 (Ont. Div. Ct.)), the precise details of that process are matters over which the tribunal or agency is entitled to a measure of deference or respect from the Panel. This is particularly so here where the Act in section 35 places a value on informality and expedition in the processes of the CITT and where the CITT has responded to that legislative imperative by working diligently towards a discovery process which will meet those ends while at the same time providing a basis for the orderly exchange of information prior to the hearing.

While the *Canadian International Trade Tribunal Rules*, SOR/DOR/91-499 (as amended), promulgated under section 39(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, make no explicit provision for true discovery, from November 1996 onwards, the CITT has utilized a request for information (RFI) process in order "to facilitate the inquiry by enhancing the timely exchange of information among participants prior to the hearing" (Memo to Counsel

and Parties of Record, June 3, 1998). This process was incorporated in guidelines, guidelines which the CITT has kept under review and modified to make the process more efficient and effective. In this instance, the parties were informed that the most recent modification of the guidelines would be applied.

All these factors are strongly suggestive of a particular aspect of the inquiry or hearing process over which the Panel should accord considerable deference to the CITT. In its determination of what should be both the general parameters and the actual details of the RFI procedures, the CITT's choices are entitled to "important weight."

In fact, L'Heureux-Dubé J. in *Baker*, *supra*, does not explicitly locate her specification of the need for deference to procedural choices within the framework of the spectrum of standards of review identified by the Supreme Court as applying to substantive determinations. Rather, it is simply proffered as one of a number of factors that a reviewing court must take into account in determining whether or not a tribunal or agency has met the requirements of procedural fairness or natural justice required by the common law. Nonetheless, to the extent that the procedural choices in issue here are ones that the legislature has implicitly placed within the discretionary authority of the CITT, there is sound reason for assimilating the CITT's choice of discovery process within the general realm of discretionary powers. To this extent, the balance of L'Heureux-Dubé J.'s judgment in *Baker* assumes direct relevance. There, she goes on to make it clear that review of the exercise of discretionary powers should now be treated as being subject to the "pragmatic and functional" analysis that dictates which of the three standards of review is appropriate.

Indeed, the critical factors in that "pragmatic and functional" analysis are ones that we have already identified in bringing this exercise of procedural discretion within the general parameters of the kinds of procedural decisions or choices to which L'Heureux-Dubé J. referred explicitly in *Baker*. At the very least, these factors indicate that the Panel should not intervene with the CITT's choice of and application of its discovery procedures unless its choices or actions in the particular case were unreasonable.

However, to the extent that the discovery guidelines are still obviously in the course of ongoing modification and evolution and to the extent that they have not yet been incorporated in the formal Rules of the CITT, action that requires consultation with the Minister and approval of the Governor in Council, we have determined that the appropriate standard for intervention or review of either the procedures or their application in a particular instance is not that of patent unreasonableness.

III. FAILURE TO EXCLUDE STREAMLINE FROM THE DOMESTIC INDUSTRY

A. The CITT's Discretion In Determining The Domestic Industry

The Complainants challenge the CITT's decision to include Streamline, a subsidiary of Mueller, within the domestic industry for purposes of its Section 76(2) review. The Complainants argue that the CITT's failure to exclude Streamline constitutes an abuse of the

discretion provided by Section 2(1) of SIMA (defining domestic industry).

SIMA grants substantial discretion to the CITT to include or exclude a domestic producer that is related to an exporter or importer of dumped goods from the domestic industry. Section 2(1) defines "domestic industry" as:

> [T]he domestic producers as a whole of the like goods or those domestic producers whose collective production of the like goods constitutes a major proportion of the total domestic production of the like goods except that, where a domestic producer is related to an exporter or importer of dumped . . . goods, "domestic industry" *may* be interpreted as meaning the rest of those domestic producers. [emphasis added]

In order to exclude a producer from the domestic industry, the CITT first must find that a particular Canadian producer is *related* to an exporter or importer of dumped goods.

Section 2(1.2) provides:

> For the purposes of the definition "domestic industry" in [Section 2(1)], a domestic producer is related to an exporter or importer of dumped . . . goods where
>
> (a) the producer either directly or indirectly controls, or is controlled by, the exporter or importer,
>
> (b) the producer and the exporter or importer, as the case may be, are directly or indirectly controlled by a third person, or
>
> (c) the producer and the exporter or the importer, as the case may be, directly or indirectly control a third person,
>
> and there are grounds to believe that the producer behaves differently towards the exporter or importer than does a non-related producer.

Taken together, sections 2(1) and 2(1.2) operate to grant the CITT considerable discretion to include or exclude a domestic producer based on its relationship with an exporter or importer of dumped goods. Only the final clause of section 2(1.2), which imposes a requirement that there be "grounds to believe that a related producer behaves differently" in order for a domestic producer to be deemed to be related for purposes of the "domestic industry" definition, limits this discretion.

The CITT did conclude that Streamline was related to Mueller, applying section 2(1.2). Statement of Reasons ("SOR") at 16. The CITT, in exercising its discretion, could have applied Section 2.1 to exclude Streamline from the domestic industry. The Complainants argue that the CITT's failure to exclude Streamline amounts to an abuse of its discretion.

B. Abuse Of Discretion

In arguing abuse of discretion, the Complainants assert that the CITT failed to properly consider (a) the goals of SIMA and (b) the control of Streamline by Mueller in making its determination. Further, the Complainants contend that the CITT failed to consider (c) the effect of Streamline's opposition to continuing the finding and the alleged resultant use of SIMA as a "sword against other Canadian producers." These failures, argue the Complainants, constitute legal error. In effect, the Complainants are asserting that consideration of these various arguments is mandatory.

SIMA does not, however, mandate the consideration of any particular factor. Rather, as discussed above, the CITT enjoys a broad grant of discretion under the statute. This discretion operates, when coupled with the deferential patent unreasonableness standard of review appropriate to these proceedings, to make it extremely difficult to displace the CITT's decision not to exclude Streamline. Moreover, a reading of the Statement of Reasons satisfies us that the CITT more than adequately considered the factors cited by the Complainants.

1. Goals of SIMA

The Complainants first urge consideration of the goals of SIMA as a necessary element in the proper exercise of discretion and then assert that the dominant goal of SIMA is the protection of Canadian producers. The chief goal of SIMA, according to the Complainants, is the protection of domestic producers from unfairly traded imports. Complainants' Brief at 28. While SIMA does appropriately protect Canadian producers from unfairly traded imports, it also operates to advance the interest of Canadian consumers of dumped goods by limiting antidumping orders to cases where there is injury to a domestic industry. SIMA also incorporates into domestic law the elaborate bargains made by Canada in a variety of international trade agreements and thus protects the interests of exporters and importers of foreign goods as well.

Even if the protection of domestic producers is the primary goal of SIMA, it does not follow that Streamline, a Canadian producer, is not within the statute's protection. The Complainants' argument would convert the determination to exclude a related producer from the domestic industry from a matter of discretion into a mandated result. This is inconsistent with the nature of the statutory design.

2. Control by Mueller

The CITT acknowledges that Mueller controls Streamline. The Complainants assert that the finding of such control should have compelled the CITT to exclude Streamline from the domestic industry. Here again the Complainants' argument seems to deny the existence of discretion.

Section 2(1.2) does compel the CITT to consider the control exercised between an exporter or importer and a related producer but by its own terms it does not mandate exclusion.

Indeed, were the CITT to conclude in a particular case that no grounds existed "to believe that the producer behaves differently towards the exporter or importer than does a non-related producer," it could not find that the producer and the exporter or importer were related for purposes of section 2(1). In this instance the CITT would have no clear authority to exclude that particular producer from the domestic industry. To the extent that SIMA has any mandatory provisions with respect to domestic industry, it seems to mandate, in a particular circumstance, that the CITT *include* a producer.

The Complainants seem to confound the control that triggers the "related" test of section 2(1.2) of SIMA with operational control. Operational control may be independently exercised by a related firm and, where present, may be appropriately considered by the CITT in exercising its discretion not to exclude that firm from the domestic industry. The CITT finds that "Streamline manages its day-to-day operations in a manner which is independent of Mueller . . ." SOR at 16. The CITT also finds that "[Streamline's] sales in Canada over the period of review were predominantly from domestic production." SOR at 16. The CITT further notes that it is satisfied that this strategy for serving the Canadian market from Streamline's domestic production will not change in the near or medium term. These factors support Streamline's inclusion in the domestic industry notwithstanding its relationship to Mueller.

The CITT thus determines (1) that Mueller controls Streamline so as to satisfy section 2(1.2)(a) of SIMA and (2) that Streamline exercises sufficient independent "day-to-day" operational control to justify its inclusion in the domestic industry. These two findings are not inconsistent.

It is clear that the CITT did consider the existence and the effect of the control of Streamline by Mueller in exercising its discretion to include Streamline within the domestic industry. The Statement of Reasons contains a discussion of the analysis the CITT undertook in evaluating the effects of the control by Mueller of Streamline. The Complainants cannot maintain that the element of control was not appraised by the CITT.

3. Effect of Streamline's opposition

The Complainants assert that the CITT was obliged to exclude Streamline from the domestic industry as Streamline, in contrast with the Complainants, supported rescission of the finding. It is hard to see the relevance of the litigation posture of any particular producer, related or non-related, to its inclusion or exclusion in the domestic industry evaluated by the CITT in its section 76(2) review. The Complainants have not been prevented from arguing their support for continuation of the finding through the inclusion of Streamline within the domestic industry. Had the CITT excluded Streamline from the domestic industry, Streamline's views on rescission of the finding would have been asserted with equal effect through its parent Mueller. There is simply no relationship between the determination to include Streamline in the domestic industry and the ability of any party to advocate its respective position in this case.

C. Adequacy of the Statement of Reasons

The SOR sets out in considerable detail the analysis performed by the CITT in exercising its discretion not to exclude Streamline from the domestic industry. While the standard of review may not compel us to examine the reasonableness of the CITT's Statement beyond determining the absence of facial error, we note the SOR's completeness and coherence in accounting for the CITT's domestic industry determination. Complainants have not identified any inconsistency between the consideration described in the Statement of Reasons and the underlying record.

D. No Abuse of Discretion

SIMA grants broad discretion to the CITT to include or exclude a related producer from the domestic industry examined in a section 76(2) determination. SIMA does not mandate particular factors that the CITT must consider in making its determination. As such, the CITT enjoys discretion both as to identifying the relevant considerations and in its overall determination. We have not identified any abuse of this discretion under the patent unreasonableness standard of review. The broad discretion vested in the CITT, coupled with the deference appropriate to this standard of review, lead this Panel to find no error in the CITT's decision not to exclude Streamline from the domestic industry.

IV. CAUSATION

Complainants argue that the CITT's causation analysis failed to meet the requirements of SIMA section 76(4), which states that "on completion of a review . . . of an order or finding, the Tribunal shall make an order rescinding the order or finding or continuing it with or without amendment, as the circumstances require, *and give reasons for the decision*" (emphasis added). According to Complainants, the CITT's SOR failed to "give reasons" for its decision that dumping (which the CITT found likely to occur) would not cause material injury to the domestic industry. Specifically, Complainants argue that the CITT's failure to quantify the degree to which U.S. producers will dump subject goods in the future necessitates a finding by this Panel that the CITT's SOR was inadequate. However, as discussed below, neither the statute nor the regulations require the CITT to calculate dumping margins in order to conduct its causation analysis. Indeed, in this case, the CITT cited to specific reasons in its SOR for determining that dumping by the U.S. producers would be unlikely to cause material injury to the domestic industry. Therefore, given the deference afforded to the CITT in matters related to causation, this Panel upholds the CITT's determination.

A. CITT's Causation Analysis

Pursuant to sections 76(2) and 76(4) of SIMA, the CITT may review and rescind an order previously issued by the CITT as long as it gives reasons for its decision. Most notably, the statute does not provide the CITT with any guidance concerning how to conduct a section 76(2) review. As a result, the CITT's practice has been to conduct these reviews by first determining whether there is a likelihood of resumed dumping, and if so, whether such dumping will be likely

to cause material injury to the domestic industry. Only two requirements are placed upon the CITT: (1) the final determination must not be patently unreasonable; and (2) the CITT must "provide adequate reasons" to explain its final determination. *See*, *Stelco Inc. v. Attorney General of Canada*, Docket No. A-365-98, Federal Court of Appeal at 9 (unreported).

In its October 16 SOR, the CITT found that the likelihood of resumed dumping would not cause material injury to the domestic industry. SOR at 17-22. In making this determination, the CITT focused on a range of factors, including the change in market conditions since the original injury determination, the likely volume and price of dumped imports and the recent and likely future performance of the domestic industry. Specifically, the CITT made the following findings:

- Since 1995, domestic market conditions have stabilized and the health of the domestic industry has improved substantially;
- U.S. imports have declined dramatically with a concomitant rise in market share held by Canadian producers;
- Between 1995 and 1997, domestic market volumes increased 24 percent while sales from domestic production increased by 30 percent;
- Sales from domestic production have been consistently made at prices significantly lower than sales made from U.S. imports;
- U.S. imports have been generally sold at undumped prices;
- U.S. imports are typically higher-priced, lower-volume items that tend to fill out domestic producers' product lines rather than compete directly with domestic production;
- Trends suggest that as domestic producers expand their product range they rely less on imports to fill out their product lines;
- Any dumping by the three named exporters is likely to be limited to a small volume of products, will be intermittent, and will not be likely to significantly disrupt the Canadian market; and,
- Other factors, such as intense price competition among domestic producers, rather than any dumping by U.S. producers, are likely to be the major contributing factors affecting the industry's performance in the near future.

According to the CITT, Streamline and Mueller, these findings are not patently unreasonable and the SOR satisfies section 76(4) by providing an adequate explanation linking these findings to its conclusion that any dumping by the U.S. industry will not cause material injury to the domestic industry.

B. Quantification of Dumping

Complainants do not dispute that evidence on the record supports the CITT's findings. *See* Tr. at 94. Rather, they argue that the CITT's SOR is inadequate (and therefore its reasoning is patently unreasonable) because it fails to include a quantification of the likely dumping margin that would exist absent an order. However, Complainants fail to identify any existing legal authority to support the assertion that the CITT must quantify dumping in order to conduct its causation analysis. Complainants cite to *Moldex Ltd. v. Beneke Industries Ltd.* (1984), 7 C.E.R. 323 (F.C.A.) to support the conclusion that the CITT must quantify dumping. *See* Tr. at 77. However, that case has no bearing on the issue at bar. In *Moldex*, complainants argued that injury is "material" if it in any way affects the operation of the domestic producers. *See Moldex* at 324. The court disagreed, stating that such a definition of "materiality" has no merit. *Id.* That conclusion provides no support for the belief that the CITT *must* quantify dumping when conducting a causation analysis.

On the contrary, other courts and panels have held that "there is no single administrative standard against which to judge the tribunal's analysis of causality." *Certain Concrete Panels* at 12. *See also Sacilor Acieries, et al. v. Anti-Dumping Tribunal, et al.* (1985), 9 C.E.R. 210 (F.C.A.) at 214. It is clear that the CITT has the discretion to conduct a causation analysis in any manner, as long as that analysis is not patently unreasonable and it is adequately explained in the SOR. In this case, the CITT's analysis is supported by the record (as Complainants concede) and the CITT "explain[ed] its conclusion on those issues that are of central importance" to its decision, as indicated above. *See Stelco* at 10 (holding that section 76(4) requires the CITT to provide adequate reasons for its decisions and does not have to address every issue raised before it). Therefore, this Panel rejects Complainants' assertion that satisfaction of section 76(4) requires the CITT to quantify dumping margins.

C. Contradictory Statements

Complainants also contend that the CITT failed to satisfy section 76(4) because of some allegedly contradictory comments in the SOR. Specifically, on page 15 of the SOR, the CITT states that "certain items *would inevitably be dumped*," while on page 21 the CITT states that "such dumping, *if it does occur*, will be intermittent and not at volumes and prices which would disrupt the domestic market." (emphasis added) Complainants assert that these statements are inherently contradictory and therefore this Panel should remand the CITT's determination in order to seek further clarification.

However, this Panel does not agree with Complainants' assertions. First, put into context, these statements are reasonably consistent. The first statement refers to the inevitability that some fittings (whether wrought or cast) will inevitably be dumped in Canada. The second statement refers to the possibility that cast fittings alone may be dumped in Canada. These two statements are not necessarily inconsistent, given that only wrought (and not cast) fittings may *inevitably* be dumped. Second, even if these statements were inconsistent, this is not the kind of patent error that justified a remand in *Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing*

& Distributing Ltd, (1997) 208 N.R. 329 (F.C.A.), relied upon by Complainants in this case. Therefore, this Panel rejects Complainants' assertion that the determination should be remanded.

V. THE RFI PROCESS

A. Background

Complainants have raised three challenges to the CITT's actions in the Request for Information (RFI) process. As discussed in Section II.B.2.c, above, the CITT's administration of the discovery process is within its discretionary powers and the appropriate standard of review for these issues is unreasonableness. Before turning to the specific arguments raised by Complainants, however, it is useful to set forth the relevant facts and events that frame these issues.

- On March 20, 1998, the CITT issued its Notice of Review. A schedule was provided of the major steps and dates in the review process.

- On June 3, the CITT sent by facsimile transmission a memorandum to all counsel and parties of record alerting them to the procedures that would apply to the RFI process in this proceeding. The memorandum noted that, as in two recent cases, a revised procedure would be used, incorporating a single question and response period, rather than two as had been previous practice, and that any questions that could not reasonably have been asked during the single RFI process could be raised at the public hearing, which was scheduled for August 18, 1998.

- On June 4, the CITT sent by facsimile transmission revised guidelines for RFIs. Key dates in the process were set forth. The third paragraph of the notice conveyed the following points:

    - "[I]n some recent inquiries and reviews the number of requests for information directed to other parties has been needlessly cumbersome and, in many instances, the information requested has been of little or no relevance to the issues being considered by the Tribunal."

    - "As a result, the Tribunal has disallowed, in whole or in part, certain requests for information," citing as examples requests relating to:

        - an unduly long period of time,
        - non-subject goods,
        - facts or activities within the direct knowledge of that party,
        - information available from public sources,
        - large volumes of supporting information for data provided in response to Tribunal questionnaires, and

- documentation relating to business plans not yet approved by senior management of a firm.

The notice went on to explain that the CITT expected parties to limit the extent to which RFIs were excessive or irrelevant and that "where the relevance or usefulness of the information requested may not be readily apparent, it would be helpful if parties requesting information included the rationale for requesting it and the relevance of the information requested." The notice added that "this will assist the Tribunal when it considers, either on its own initiative or in response to an objection, the appropriateness of requests for information in deciding whether to require a party to respond."

- On June 9, the CITT dismissed a motion to disqualify a non-lawyer from acting as counsel of record for one of the parties to the review, noting that:

> As an administrative agency, the Tribunal conducts less formal proceedings than do courts. The Tribunal is of the view that, given the quasi-judicial nature of its proceedings and the resulting duty to act fairly, there is an implication that parties are entitled to be represented by counsel, [citation omitted] as is contemplated by the CITT Act, and to be represented by counsel of choice. The Tribunal regularly permits parties to be represented by persons other than lawyers, such as trade consultants, economists and accountants. The Tribunal is not persuaded by the submissions of counsel for Cello that a change in the Tribunal's practice is warranted in this review. Moreover, to require that Professor Mathewson have certain experience as counsel or an advocate before the Tribunal or other courts in order to be allowed to appear as counsel for Amcast and Elkhart in this review, as suggested by counsel for Cello, would, in the Tribunal's view, be reading a new requirement into the definition of "counsel" in subsection 45(4) of the *CITT Act*.

- On June 15, counsel for Complainants transmitted RFIs to Nibco and Streamline and Mueller. The requests, along with the subsequent objections, rulings, and status on appeal, are set forth in Table 1 of the Appendix. Several requests called for information relating to non-subject goods, one of the subjects specifically highlighted in the CITT's June 4 notice as likely to be disallowed as cumbersome and of little or no relevance. Complainants' requests did not provide any rationale or explanation of relevance for these requests or any other.

- On June 18, counsel for Nibco filed objections, as shown in Tables 1A and B of the Appendix.

- On June 19, counsel for Complainants requested a delay until June 25 to respond to Nibco's objections.

- On June 22, counsel for Streamline and Mueller filed objections to Complainants' RFIs, as shown in Table 1C of the Appendix.

- Also on June 22, counsel for Nibco objected to Complainants' request for an opportunity and delay until June 25 to respond to objections and extension request, arguing the CITT's June 4 memorandum encouraged the parties to explain the relevance and rationale for RFIs at the outset and that Complainants chose not to take this opportunity. Further, counsel for Nibco cited precedent in the *Cold Rolled Steel Sheet* (Review No. RR-97-007) case, in which the CITT refused to accept post-facto explanatory submissions.

- On June 22 and June 23 (two submissions), counsel for Complainants responded to Nibco's June 22 letter, arguing that fairness and natural justice considerations supported the Complainants' right to respond to objections, further stating that the relevance and usefulness of the RFIs was "readily apparent and self-explanatory," acknowledging that one of Complainants' counsel had "played a very limited role in the *Cold Rolled Steel Sheet*" review, but saying that Complainants' counsel were not aware of the Tribunal's position in that case, and objecting to the late filing of Streamline's objections, as well as the cursory nature of Nibco's objections. The second June 23 submission, a 19-page justification of Complainants' RFIs, was rejected by the CITT as a response to objections and is not in the record.

- On June 25, counsel for Streamline filed a response to Complainants' June 22 letter, arguing that the CITT's directions of June 4 were clear, reminding the CITT that the reasons for these rules were common-sense limits and fairness to all parties, and that the issues of relevance and burden in the RFIs were "straightforward" and should be decided by the CITT.

- On June 26, the CITT issued its ruling on the RFIs. In relevant part, the CITT:

    - Considered the arguments and points raised in Complainants' letters of June 19, 22, and 23 requesting an opportunity to reply to objections and challenging the objections as cursory.

    - Refused to consider any of the late-filed Streamline/Mueller objections except to the extent they were similar to those raised by Nibco's timely-filed objections.

    - Returned the second June 23 letter from counsel for Bow, which was characterized as a response to objections.

    - Reminded the parties that RFIs "at this stage in the review must of necessity be limited to matters which are clearly of relevance to those at issue in this review. The Tribunal's request for information process differs from a more wide-ranging and protracted interrogatory or discovery process counsel would typically experience in a civil action before the courts. The Tribunal has a

clear sense of which of the requests and responses it considers are necessary for a full and proper consideration of the issues in this review."

- Pointed out that "if a party feels that, notwithstanding the Tribunal's decisions, there is a compelling matter which needs to be considered, it may notify the concerned party in advance of the hearing of its intention to raise that matter in accordance with the procedures issued to the parties on June 4, 1998."

- On July 3, the CITT returned Complainants' letters of June 22, 23, and 25, which had sought to respond to objections filed by Nibco and Streamline/Mueller.

- On July 10, the CITT noted that it would distribute to the parties on July 15 the responses to the RFIs and reminded parties of their opportunity to serve notices of "matters which have arisen" following the filing of the parties' cases and reply submissions.

- On July 13, counsel for Complainants sent notice to counsel for Nibco to be prepared to address and bring documentation to the hearing on a list of issues that appear to cover the same ground as the RFI that were not allowed. A comparison of RFI subjects to Notice of Matters Arising (NMA) requests appears in Table 2 of the Appendix.

- On July 14, counsel for Streamline objected to Complainants' 15-item NMA request for documentation which Streamline described as "a supplementary RFI procedure" that specifically sought information on matters the CITT had ruled not relevant during the RFI process, and asked the CITT to strike the request, in order to avoid unnecessary burden and cost.

- On July 16, counsel for Nibco provided a table comparing Complainants' RFIs and July 13 NMA information requests, objecting to the submission of NMAs for all items for which RFIs were previously denied by the CITT.

- Also on July 16, counsel for Complainants responded to Streamline's objections, citing the CITT's June 4 memorandum for the proposition that in providing for NMAs, "the Tribunal gave parties an opportunity to make requests for information following a review of the evidence filed by all parties." Complainants' letter also quoted the CITT's June 26 notice and summarized the key passage as signifying "thus, the Tribunal not only envisioned that Notices of Matters Arising would deal with the parties' cases and the manufacturer's reply submission but would also deal with compelling matters which need to be considered and in respect of which the Tribunal chose not to require responses to requests for information." In addition, counsel for Complainants provided a rationale for each of the disputed NMA information requests.

- On July 21, counsel for Complainants replied to objections filed by counsel for Nibco, reiterating points made in the July 16 letter to Streamline and providing an explanation of relevance and need for the items requested, including those previously denied in the RFI process.

- On July 31, the CITT issued a ruling, noting that in doing so it must balance (i) relevance, (ii) burden, (iii) the specificity of the information requested, and (iv) the sufficiency of the information already on the record. In light of the information already on the record, the CITT stated it had a "clear sense of which of the matters identified in the notices of matters arising are necessary for a full and proper review of this nature." Of the matters that related to RFIs ruled not relevant in the CITT's June 26 letter, the July 31 ruling granted the request for two of the three categories, including all of the previously denied inquiries into non-subject matter goods. The request for the sales agreement and any service agreements with Mr. Sargeant -- which counsel for Nibco had previously said did not exist -- was denied as not relevant.

B. The Nature of the CITT's Statutory Authority

Complainants' first claim of error with respect to the RFI process is based on statements drawn from the CITT's June 26, 1998, ruling denying three of Complainants' RFIs on relevance grounds and the June 9 ruling on whether a non-lawyer could represent a party in the review. Specifically, Complainants point to the following excerpt from the CITT's June 26 letter:

> Given the tight overall time frames for the conduct of this review under the *Special Import Measures Act*, the Tribunal wishes to remind parties that the process of directing requests for information to other parties at this stage of the review must of necessity be limited to matters which are clearly of relevance to those at issue in this review. The Tribunal's request for information process differs from a more wide-ranging and protracted interrogatory or discovery process counsel would typically experience in a civil action before the courts. The Tribunal has a clear sense of which of the requests and responses it considers are necessary for a full and proper consideration of the issues in this review.

Complainants take issue with the CITT's characterization of its process as "less than 'wide-ranging'" and its emphasis on "tight time frames." To these points Complainants add the CITT's statements in the June 9 letter that "as an administrative agency, the CITT conducts less formal proceedings than do courts" and its reference to the "quasi-judicial nature of its proceedings." Taking these quotations together, Complainants argue the CITT has misapprehended its jurisdiction and statutory authority "to fully consider and admit relevant evidence." (Complainants' Brief at 39, 41).

After spending substantial time both at the February 8 hearing and in reviewing the

record with respect to Complainants' arguments on this point, the Panel is not persuaded that the CITT unreasonably construed the scope of its authority. As previously noted, the CITT may exercise "all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record." *CITT Act* § 17. Section 35 of the *CITT Act* directs the CITT to conduct its proceedings "as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit."

It is plain from section 35 that the CITT has been granted authority to wield its "powers, rights and privileges" in a manner that is somewhat more informal and expeditious than would be the case in proceedings before a court, so long as "the circumstances and considerations of fairness" remain paramount. As discussed in Section II.B.1.c. above, the Federal Court of Canada has acknowledged these differences in procedure in proceedings before tribunals and has emphasized both the importance of fairness and the fact that fairness requires balancing of the parties' sometimes divergent interests. *CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1994] 3 F.C. 425 at para. 32.

The passages Complainants object to from the June 9 and 26 rulings, when read in their entirety, are not to the contrary. The observation that the CITT, "as an administrative agency, conducts less formal proceedings than do courts" is nothing more than a restatement of section 35 of the CITT Act. The full sentence in the June 9 ruling in which the CITT referred to its "quasi-judicial nature" makes clear that that foundation is the source of the CITT's "resulting duty to act fairly" and its decision to allow a party its counsel of choice, rather than suggesting the CITT has some lesser authority or license to give short shrift to the parties' rights. Similarly, the statements culled from the June 26 ruling characterizing the RFI process as "differ[ing] from a more wide-ranging and protracted interrogatory or discovery process [that] counsel would typically experience in a civil action before the courts" and recognizing the "tight time frames for the conduct of this review," are part of an overall discussion by the CITT of the need for a "full and proper consideration of the issues in this review." Accordingly, upon closer examination of the objected-to phrases, the Panel does not agree that the CITT misapprehended the nature of its authority.

Complainants, however, appear to be arguing something more. Citing the Federal Court of Appeal's decision in *Magnasonic Canada Limited v. Anti-dumping Tribunal*, [1972] F.C. 1239 (C.A.) at 1246-49, Complainants suggest that the CITT compromised its "duty to fully consider and admit relevant evidence" because of its over-emphasis of the "less than 'wide ranging'" scope of discovery and "'tight time frames'" of the review proceeding. Complainants' Brief at 41. They contend that the CITT improperly allowed these considerations to limit the scope of certain RFIs sought by Complainants. But Complainants acknowledge that the CITT has the right to limit discovery and admissibility of evidence to what it judges to be relevant (Complainants' Brief at 41; Tr. at 133), and it is incontrovertible that the statutory scheme imposes fairly stringent time limits on reviews.

Faced with the need to accommodate competing considerations of fairness to all the parties and statutory time constraints, the CITT's June 3 and 4 letters took, in the Panel's view, an appropriate and sensible approach. The letters (1) put the parties on notice that in this proceeding, as in other recent cases, a single RFI round would be permitted, (2) explained that

questions that could not reasonably have been asked during this single round could be addressed at the hearing, (3) alerted the parties to particular subjects that would likely be disallowed as irrelevant or needlessly burdensome, and (4) stated that "where the relevance or usefulness of the information requested may not be readily apparent, it would be helpful if parties requesting information included the rationale for requesting and the relevance of the information requested. This will assist the CITT when it considers, on its own initiative or in response to an objection, the appropriateness of requests for information in deciding whether to require a party to respond." The June 4 letter provided an illustrative list of requests that had been disallowed, including "non-subject goods." Complainants were thus on notice that their RFIs for non-subject goods were likely to be rejected and that there would be no provision for a round of responses to objections to RFIs. In spite of these clear warnings, they chose not to provide a rationale for the relevance of such RFIs in this case.

The question on review is whether the CITT acted unreasonably in denying Complainants' RFI requests in these circumstances. In the Panel's view, the CITT's decision on this issue required it to weigh considerations of fairness to all the parties -- including Complainants' desire for this information, their failure to justify the need for it after having been told it would likely be disallowed, and the burden on other parties who would have to respond if these RFIs were permitted. This process called upon the CITT to apply expertise, and as discussed previously, the CITT's exercise of discretion will only be overturned if it was unreasonable. For several reasons, it was not.

First, Complainants were given the opportunity to provide a rationale for their RFIs and fair notice that the subject matter of those at issue here was controversial and had previously been disallowed. Their argument at the hearing, that the CITT's June 4 letter used "an unfortunate choice of words" by saying "it would be helpful where usefulness may not be readily apparent" (Tr. at 98) and that this somehow placed Complainants in the impossible situation of having to decide whether it would be necessary to explain the relevance of their RFIs or not, strains credulity when Complainants had explicitly been told that requests concerning non-subject good were likely to be rejected.

Second, Complainants had other opportunities to seek the information they wanted. The June 26 letter straightforwardly advised the parties that if they disagreed with the CITT's decisions and felt a matter needed to be addressed, they could raise it during the NMA process. Complainants availed themselves of this opportunity, filing NMA requests for information on July 13 that closely tracked the RFIs that had been denied June 26. Indeed, counsel for Streamline and Nibco strenuously objected in letters filed July 14 and 16, describing Complainants' NMA requests as "another kick at the can" and providing a table of side-by-side comparisons to show that Complainants were using the NMA process as "an invitation to pose again (*albeit*, with different words) the same questions that were extensively considered by the Tribunal and ruled [irrelevant] by way of its letter of June 26, 1998." Notwithstanding these complaints, Complainants were permitted to respond to objections and on July 16 cited the CITT's June 4 and 26 letters as establishing that the CITT intended the NMA process to give "parties an opportunity to make requests for information following a review of the evidence filed by all parties" and "thus, the Tribunal not only envisioned that Notices of Matters Arising would

deal with the parties' cases and the manufacturer's reply submission but would also deal with compelling matters which need to be considered and in respect of which the Tribunal chose not to require responses to requests for information." Complainants also provided an explanation of why their previously denied requests were relevant. As Table 2 illustrates, two of the three previously rejected requests, including those relating to non-subject goods, were allowed.

Third, at oral argument, Complainants were asked if they were arguing whether the situation rose to the level described by Chief Justice Lamar in *Université du Québec ò Trois Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471 at 491, in which he noted that "it may happen, however, that the rejection of relevant evidence has such an impact on the fairness of the proceeding, leading unavoidably to the conclusion that there has been a breach of natural justice." Tr. at 126. Further, counsel was asked whether Complainants had made any representations during the August 18, 1998 hearing in the case that the June 26 ruling on the RFIs had jeopardized their ability to make their case. Tr. at 127. Counsel was unable to recall such a representation, *see id.*, nor did Complainants' briefs assert such an argument. Given that Complainants took full advantage of their opportunity to obtain the desired information during the NMA process, asserting forcefully their rights as established by the CITT's statements in the June 4 and 26 letters, they do not appear to have suffered any harm, even if the CITT's ruling had been incorrect, which in the Panel's view it was not.

Complainants cite *Magnasonic*, *supra*, and *Sarco Canada Limited v. Anti-Dumping Tribunal et al.*, [1979] 1 F.C. 247 (C.A.) at 258 paras d, e, f, 259 paras b, c, f, g, h, i, j, 260 paras a, b, c, for the proposition that the CITT's over-emphasis on the time pressures of the statute and less than wide-ranging discovery "nullif[ied] the right to a full and fair opportunity to be heard." Complainants' Brief at 41-42. However, Complainants were able to obtain the information they sought and have made no showing that their rights to be heard fully and fairly were infringed. The Panel does not find that the CITT breached the principles of natural justice or acted unreasonably in construing the scope of its authority.

C. The Claim That the CITT Pre-Judged Relevance

Complainants next contend that the CITT's reliance, in the June 26 ruling on relevance of RFIs, on its "self-described 'clear sense . . . of which requests it considers are necessary'" amounted to pre-judgment of relevance, resulting in a breach of natural justice. Complainants' Brief at 39. Complainants go so far as to say that "the Tribunal's 'clear sense' of that material's [i.e., certain RFIs] admissibility, absent any physical review of such information, is an improper fettering of discretion and is an irrelevant consideration." Complainants' Brief at 45. At the outset, it is important to note that Complainants overstate their case: the June 26 ruling concerned the scope of discovery and made no determination with regard to admissibility. In the same way, Complainants' reliance on *Larocque*, *supra*, at 487, is misplaced as *Larocque* also dealt with a refusal to hear admissible and relevant evidence, not the determination of the appropriateness of discovery requests, a distinction counsel for Complainants acknowledged at oral argument. Tr. at 134. To the extent *Laroque* applies here, it is instructive in its *obiter dictum* on the decisionmaker's authority to determine relevance:

> I also think, though in my opinion it is not necessary to decide this point in the case at bar, that the necessary corollary of the grievance arbitrator's exclusive jurisdiction to define the issue is his exclusive jurisdiction then to conduct the proceedings accordingly, and that he may *inter alia* choose to admit only the evidence he considers relevant to the case as he has chosen to define it.

Id.

The issues in the June 26 ruling involved a judgment that Complainants had failed to demonstrate the need for RFIs on a subject they had been warned the CITT had previously found to lack relevance in cases of this kind. They made no effort to justify their requests by explaining their special relevance in this case. It thus appears the CITT was on firm ground in ruling the requests not relevant.

Complainants' assertion, in paragraph 121 of their Brief, that unless the CITT compelled production of the requested information and physically reviewed it, it could not properly determine relevance and improperly fettered its discretion is not sustainable. To the contrary, this view would deny the CITT its discretion, as it would have no choice but to compel production whenever a party requested any information and could only determine relevance after reviewing it, forcing parties to bear unjustified burden and cost.

Complainants have not established that the CITT pre-judged relevance, breached natural justice, or acted unreasonably in its statements in the June 26 ruling regarding which requests were necessary for a full and proper consideration of the issues in the review. Instead, it appears that the CITT applied its expertise, gained through experience in cases of this kind, as to what types of information requests were likely to adduce relevant evidence. Complainants were offered the opportunity to demonstrate otherwise, but declined. The CITT was well within its discretion to rule as it did, and the Panel does not find this action unreasonable.

D. <u>The Assertion of a New Relevance Standard</u>

Finally, Complainants say the CITT's June 26 ruling created a new, higher "clearly of relevance" standard for issuance of RFIs. The sentence Complainants object to reads as follows: "Given the tight overall time frames for the conduct of this review under the *Special Import Measures Act*, the Tribunal wishes to remind parties that the process of directing requests for information to other parties at this stage of the review must of necessity be limited to matters which are clearly of relevance to those at issue in this review."

It is unclear what significance the "clearly of relevance" phrase had in the proceedings below. As written, it was a "reminder" to the parties about limitations on RFIs that were necessary "at this stage of the review." There was no suggestion that this formulation would apply at later stages of the case or with regard to the evidence that would be admitted to the record. Indeed, we know that it did not, since Complainants sought the same information in the

NMA process and were permitted to compel its production. Moreover, the CITT's determination of what information would be required in the RFI process appears to have been based not on this part of the June 26 letter but on the CITT's judgment of what was "necessary for a full and proper consideration of the issues in this review." There is no indication that Complainants objected at the time to what they now view as the invocation of a new, higher standard of relevance or that they attributed the rejection of certain RFIs to reliance on such a factor. Thus, Complainants have made no showing that the CITT's quoted statement on the relevance standard in the June 26 ruling flouted principles of natural justice or constituted an unreasonable exercise of the CITT's expertise and discretion.

For all the foregoing reasons, the Panel does not view the CITT's actions with respect to the RFI process as unreasonable.

VI. CONCLUSION

For the reasons set forth above, this Panel hereby affirms the finding of the CITT in its order of October 16, 1998 in Review No. RR-97-008. The Panel directs the Canadian Secretary of the NAFTA Secretariat to issue a Notice of Final Panel Action pursuant to rule 77 of the **NAFTA Article 1904 Panel Rules**.

SIGNED IN THE ORIGINAL BY:

D. Michael Kaye, Chair
D. Michael Kaye, Chair

Jeffery C. Atik
Jeffery C. Atik

Jane C. Luxton
Jane C. Luxton

E. Neil McKelvey, OC, QC
E. Neil McKelvey, OC, QC

David J. Mullan
David J. Mullan

Issued on the 3rd day of April, 2000.

APPENDIX

TABLE 1A

Cello Request to Nibco

Requested Information	Objection	Response	June 26 Ruling	Challenge on Appeal
1. Schedule of payments on sales of subject and non-subject goods, from Nibco to NCI from 1996 to the present.	June 18 objection to non-subject goods, relying on Tribunal's June 4 letter.	June 24 letter states relevance and usefulness are "readily apparent and self-explanatory." Asserts objections are cursory and inadequate.	Reply ordered for subject goods only.	Characterized as "outright refusal." No description of relevance in briefs.
2. Copy of Nibco Canada's 1995 financial statements.	None.	None.	Provide statement if available.	Characterized as "qualified refusal." No description of relevance in briefs.
3. Copy of agreement of sale of Nibco Canada and related agreements, plus any personal service agreements between Cliff Sargeant and NCI or Nibco.	Objected to as irrelevant; no personal service agreement exists.	Same response as item 1 on relevance and adequacy of objections.	Request not relevant for the review.	Characterized as "outright refusal." No description of relevance in briefs.
4. Explain Nibco's pricing policy for non-subject goods to U.S. customers for 1996 to the present.	Objected to as irrelevant and burdensome.	Same response as item 1.	Information on non-subject goods not required.	Characterized as "outright refusal." No description of relevance in briefs.
5. Copies of marketing plans bearing on the sale of subject goods for Canadian market in the future.	No objection.	Same response as item 1.	Provide if such plans exist.	Characterized as "qualified refusal." No description of relevance in briefs.
6. Copies of plans for additions to production capacity for subject goods for the next five years.	No objection.	Same response as item 1.	Provide if such plans exist.	Characterized as "qualified refusal." No description of relevance in briefs.
7. [Not contested]				
8. Details of export prices for all export markets for 1995 to the present of subject goods.	Objected to as burdensome and irrelevant.	Same response as item 1.	Provide export information and breakdown as requested in Questionnaire.	None.
9. Copies of plans exhibiting use of subject goods production capacity for U.S. and export markets in the future.	No objection.	Same response as item 1.	Provide if such plans exist.	Characterized as "qualified refusal." No description of relevance in briefs.

TABLE 1B
Bow's Request to Nibco

	Objection	Response	June 26 Ruling	Challenge on Appeal
1. Terms and conditions of sale regarding subject and non-subject goods made by Nibco to NCI from 1996 to the present	Same as objection to Cello #1 in Table 1A.	General objection to Nibco's objections; statement that relevance and usefulness are "readily apparent and self-explanatory."	Reply for subject goods only.	Assertion that Tribunal's ruling was "outright refusal."
2. Copy of the agreement of sale, plus related agreements regarding sale of Nibco Canada to Cliff Sargeant and/or NCI.	Same as objection to Cello #3 in Table 1A.	Same as above, plus statement that reference to the relationship between Nibco and NCI is noted in Exhibit B-1.	Ruled not relevant.	Assertion that Tribunal's ruling was "outright refusal."
3. Details of Nibco's pricing policy in respect of the sale of non-subject goods to U.S. customers from 1996 to the present.	Same as objection to Cello #4 in Table 1A.	Same as above.	Information on non-subject goods not required.	Assertion that Tribunal's ruling was "outright refusal."
4. Details of Nibco's pricing policy in respect to non-subject goods to NCI from 1996 to the present.	Same as objection to Cello #1 and #4 in Table 1A.	Same as above.	Information on pricing policy to be provided.	No objection.

TABLE 1C

Cello Request to Streamline and Mueller

	Objection	Response	June 26 Ruling	Challenge on Appeal
1. Copies of plans for additions to production capacity for Mueller for the next 5 years.	Information is covered in questionnaires and redundant.	Objections were filed late (June 22).	Provide information if such plans exist.	Assertion that ruling is qualified refusal.
2. Copies of marketing plans for subject goods for Canadian market in the future.	Information is covered in questionnaires.	Objections were filed late (June 22).	Provide information if such plans exist.	Assertion that ruling is qualified refusal.
3. Copies of memoranda documenting meetings between Mueller and/or Streamline and the Department of National Revenue	Requests are speculative and irrelevant.	Objections were filed late (June 22).	Request not relevant for this review.	"Outright refusal."
4. Documentation showing plans for Streamline in European and Canadian markets if Finding is not rescinded.	No objection.	Objections were filed late (June 22).	Provide information if such plans exist.	Assertion that ruling is qualified refusal.
5. Details of export prices for all export markets for sales of the subject goods by Mueller.	Irrelevant, burdensome, "fishing expedition."	Objections were filed late (June 22).	Adequate information has been provided in questionnaire responses.	"Outright refusal."
6. Copies of any plans exhibiting the use of subject goods production capacity for U.S. and export markets in the future by Mueller.	Irrelevant, burdensome, "fishing expedition."	Objections were filed late (June 22).	Provide information if such plans exist.	"Qualified refusal."

- TABLE 2

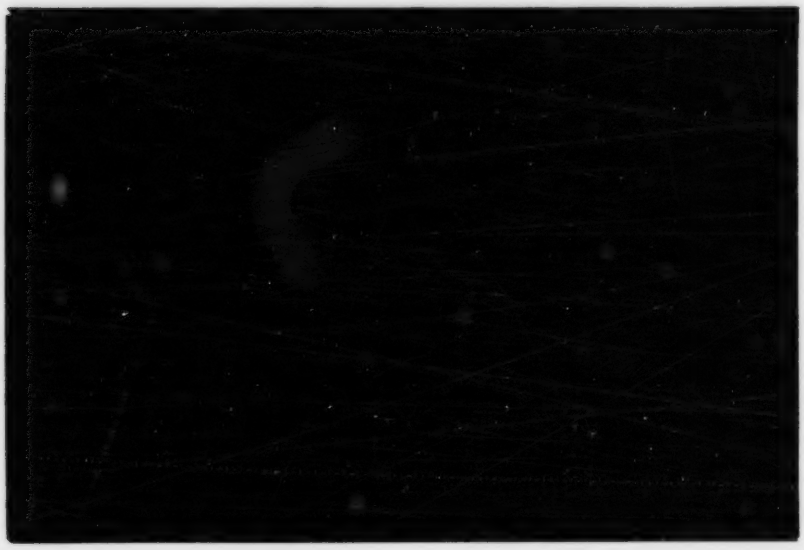
Comparison of Denied RFI Requests with Notice of Matters Arising

-

RFI	June 26 Ruling	Matters Arising	Documentation Requested	July 31 Ruling
1. Schedule of payments for sales of subject and non-subject goods from Nibco to NCI for 1996 to the present. [Cello #1; Bow ##1 and 4]	Information on non-subject goods not relevant.	1. Differences in payment terms and schedules of payment for sales of subject and non-subject goods by Nibco to NCI.	Payment terms and conditions and internal memoranda discussing rationale.	Granted.
2. Copy of agreement of sale of Nibco Canada and related documents, plus copies of any personal service agreements between Cliff Sargeant and NCI and/or Nibco. [Cello #3; Bow #2]	Not relevant.	2. Explanation of how sale of Nibco Canada to NCI and/or Mr. Sargeant affects sales and prices by Nibco's distributor of subject goods.	Agreement of sale of Nibco Canada and any related financing arrangements.	Ruled not relevant.
3. Explain Nibco's pricing policy in respect of non-subject goods to U.S. Customers for 1996 to the present. [Cello #4; Bow #3]	Information on non-subject goods not relevant.	3. Differences, if any, between pricing policies applicable to non-subject goods sold by Nibco to NCI and to U.S. distributors, and any effect on prices of subject goods.	Pricing policies for 1995 to the present.	Granted.

-

NAFTA SECRETARIAT
SECRÉTARIAT DE L'ALÉNA
SECRETARIADO DEL TLC



NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT
ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN
TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

DANS L'AFFAIRE DE:

Certains raccords de tuyauterie à souder,
de types à pression et à drainage, renvoi et évent,
faits en alliages de cuivre coulé, en alliages
de cuivre ouvré ou en cuivre ouvré, originaires
ou exportés des États-Unis d'Amérique et produits
par les sociétés Elkhart Products Corporation,
d'Elkhart (Indiana), Nibco Inc. d'Elkhart (Indiana)
et Mueller Industries, Inc. de Wichita (Kansas),
leurs successeurs et ayants droit, ou en leur nom

CDA-USA-98-1904-03

ARTICLE 1904
EXAMEN PAR UN GROUPE SPÉCIAL BINATIONAL EN VERTU DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN

Dans l'affaire de :

CERTAINS RACCORDS DE TUYAUTERIE À SOUDER, DE TYPES À PRESSION ET À DRAINAGE, RENVOI ET ÉVENT, FAITS EN ALLIAGES DE CUIVRE COULÉ, EN ALLIAGES DE CUIVRE OUVRÉ OU EN CUIVRE OUVRÉ, ORIGINAIRES OU EXPORTÉS DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE ET PRODUITS PAR LES SOCIÉTÉS ELKHART PRODUCTS CORPORATION, D'ELKHART (INDIANA), NIBCO INC. D'ELKHART (INDIANA) ET MUELLER INDUSTRIES, INC. DE WICHITA (KANSAS), LEURS SUCCESSEURS ET AYANTS DROIT, OU EN LEUR NOM

CDA-USA-98-1904-03

DÉCISION DU GROUPE SPÉCIAL

EXAMEN DE L'ORDONNANCE DU TRIBUNAL CANADIEN DU COMMERCE EXTÉRIEUR DU 16 OCTOBRE 1998

Le 3 avril 2000

Formation saisie : D. Michael Kaye (président)
Jeffery C. Atik
Jane C. Luxton
E. Neil McKelvey, o.c., c.r.
David J. Mullan

Audience : Le 8 février 2000, à Ottawa (Ontario, Canada)

ONT COMPARU :

Pour les plaignantes :

Darrel H. Pearson et Jeffery D. Jenkins pour Cello Products Inc. et Bow Metallics Inc.

Pour les opposantes :

Lawrence L. Herman pour Mueller Industries, Inc. et Streamline Copper & Brass Ltd.

Riyaz Dattu pour Nibco Inc.

Pour le Tribunal canadien du commerce extérieur :

Gerry H. Stobo et Tamra A. Alexander pour le Tribunal canadien du commerce extérieur

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION.....1

II. CRITÈRES D'EXAMEN 3

III. PREMIER POINT EN LITIGE.....11

Est-ce à tort que le Tribunal canadien du commerce extérieur a jugé que la Streamline Copper & Brass Ltd. faisait partie, et ne devait pas être exclue, de la branche de production nationale aux fins de l'examen ?

IV. DEUXIÈME POINT 15

Est-ce à tort que le Tribunal canadien du commerce extérieur n'a pas jugé bon d'établir quel volume de production était sensible aux fins de son analyse de la causalité ?

V. TROISIÈME POINT.....18

Le Tribunal canadien du commerce extérieur a-t-il, à tort, au sujet de la procédure de demande de renseignements, mal interprété la nature de sa compétence d'attribution en préjugeant de l'impertinence de l'information demandée par Cello Products Inc. et Bow Metallics Inc., et en limitant le seuil de l'admissibilité par une norme nouvelle de la pertinence évidente ?

VI. CONCLUSION.....29

I. INTRODUCTION

Ce Groupe spécial a été constitué en vertu de l'article 1904 de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) à la suite d'une plainte portée au Secrétariat canadien le 21 décembre 1998 par Cello Products Inc. (Cello) et Bow Metallics Inc. (Bow) (plaignantes). La plainte avait trait à une ordonnance du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) rendue le 16 octobre 1998 au regard du Réexamen n° RR-97-008 annulant ses conclusions du 18 octobre 1993 rendues dans le cadre de l'Enquête n° NQ-93-001 concernant certains raccords de tuyauterie à souder, de types à pression et à drainage, renvoi et évent, faits en alliage de cuivre coulé, en alliages de cuivre ouvré ou en cuivre ouvré originaires ou exportés des Etats-Unis d'Amérique et produits par ou pour Elkhart Products Corporation, d'Elkhart (Indiana), Nibco Inc., également d'Elkhart (Indiana), et Mueller Industries, Inc., de Wichita (Kansas), leurs successeurs et ayants droit, ou en leur nom.

Dans son Enquête n° NQ-93-001, le TCCE a conclu que le dumping au Canada des marchandises en question, sauf exceptions, avait causé, causait et était susceptible de causer un dommage sensible à la production au Canada de marchandises similaires. Dans son réexamen de 1998 de ces conclusions, Réexamen n° RR-97-008, fait sur le fondement du paragraphe 76(2) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* (LMSI), le TCCE a jugé qu'il y avait une probabilité de reprise du dumping, mais qu'un tel dumping n'était pas susceptible de causer un dommage sensible à la branche de production canadienne et il a annulé les conclusions qu'il avait rendues dans le cadre de l'Enquête n° NQ-93-001 par son ordonnance du 16 octobre 1998, aux termes du paragraphe 76(4) de la LMSI.

Dans les délais impartis, les plaignantes, Cello et Bow, ont déposé leurs mémoires ; de même, Mueller Industries Inc. (Mueller) et Streamline Copper & Brass Ltd. (Streamline), ainsi que le TCCE. Les plaignantes ont déposé un mémoire en réponse. Les avocats de Nibco Inc. (Nibco) n'ont pas produit de mémoire.

Les avocats des plaignantes ont fait valoir en appel que, lors du Réexamen n° RR-97-008, le TCCE avait mal apprécié sa compétence, qu'il n'avait pas respecté les principes de justice naturelle et qu'il avait rendu une décision entachée d'une erreur de droit et fondée sur une conclusion de fait erronée. Ils ont conclu à ce que la constatation d'improbabilité de dommage sensible à la branche de production canadienne soit annulée et remplacée par une constatation de probabilité de dommage sensible ou, subsidiairement, à ce que l'affaire soit renvoyée au TCCE avec instruction de conclure qu'il y avait une probabilité de dommage sensible. Ils ont également soutenu que Streamline devait être exclue par le TCCE dans son analyse de la branche de production canadienne. Les avocats de Mueller, Streamline et du TCCE ont au contraire prétendu que le Groupe spécial devait confirmer la décision du TCCE.

Les avocats des plaignantes avaient soutenu devant le TCCE que Streamline, un fabricant canadien affilié à Mueller, ne devait pas être incluse dans la branche de production canadienne. Le TCCE a rejeté cette argument et, dans son ordonnance, a jugé que Streamline faisait partie de la branche de production nationale et ne devait pas en être exclue. Les avocats des plaignantes

font valoir que le TCCE a eu tort sur ce point. Les avocats de Mueller, Streamline et du TCCE considèrent le décision du TCCE comme bien fondée.

Dans son Exposé des motifs, le TCCE, pour constater que le dumping à venir n'était pas susceptible de causer un dommage sensible à la branche de production canadienne, a tenu compte de divers facteurs, dont la conjoncture du marché et de la concurrence, les prix et les tendances des prix. (Voir la section IV plus loin.) Toutefois, il n'a pas donné l'ordre de grandeur du dumping américain des marchandises en cause auquel il fallait s'attendre si l'ordonnance en vigueur devait être levée. Les plaignantes font valoir que cette omission était une erreur donnant lieu à révision.

Sur le fondement de la pratique du TCCE et des directives qu'il a données au cours du Réexamen n° RR-97-008, les parties ont présenté aux parties adverses plusieurs demandes de renseignements. Le TCCE, dans un avis qu'il a donné aux parties au sujet de la pratique qu'il entendait suivre au regard de ces demandes, s'est réservé le droit de rejeter les demandes qu'il jugerait non appropriées. Dans une lettre adressée aux parties en date du 26 juin 1998, le TCCE rejetait certaines des demandes de renseignements adressées par Cello à Mueller, Streamline et Nibco. Les avocats des plaignantes font valoir, dans leur requête en examen, que le TCCE a rejeté à tort ces demandes de renseignements. Les avocats de Mueller, Streamline et du TCCE prétendent que la décision du TCCE est bien fondée. Les avocats de Nibco n'ont pas présenté d'exposé distinct, mais ils se sont déclarés d'accord avec celui des avocats du TCCE.

Le Groupe spécial a été réuni pour examiner la décision du TCCE. Une audience au eu lieu le 8 février 2000, à Ottawa (Ontario, Canada), à laquelle tous les membres du Groupe spécial assistaient, ainsi que les avocats de toutes les parties.

Dans le mémoire des plaignantes, après exposition des critères d'examen applicables en matière d'examen d'une décision du TCCE en vertu de l'article 1904 de l'ALÉNA, deux points de fond et un point de forme sont soulevés, ainsi exposés :

Point n° 1. Est-ce à tort que le TCCE a jugé que Streamline faisait partie, et ne devait pas être exclue, de la branche de production nationale aux fins de l'examen ?

Point n° 2. Est-ce à tort que le TCCE n'a pas jugé bon d'établir quel volume de production était sensible aux fins de son analyse de la causalité ?

Point n° 3. Le TCCE a-t-il, à tort, au sujet de la procédure de demande de renseignements, mal interprété la nature de sa compétence d'attribution en préjugeant de l'impertinence de l'information demandée par Cello et Bow, et en limitant le seuil de l'admissibilité par une norme nouvelle de la pertinence évidente ?

Les plaignantes font valoir qu'il faut répondre par l'affirmative aux questions que soulèvent les trois points. Mueller, Streamline et le TCCE soutiennent qu'il faut y répondre par la négative.

Les avocats des plaignantes et ceux de Mueller et Streamline et du TCCE ont pleinement traité de tous ces points au cours des débats.

II. LES CRITÈRES D'EXAMEN

A. Position des avocats

1. Motifs d'examen de fond

Dans leurs observations écrites et orales, les avocats des plaignantes ont mis en cause les critères d'examen applicables par le Groupe spécial pour l'examen de la décision du TCCE. Ils ont reconnu qu'en ce qui avait trait aux deux motifs de fond de la contestation, le critère applicable devait être celui du caractère manifestement déraisonnable, soit en droit canadien, la norme du contrôle judiciaire des décisions des tribunaux et organismes administratifs appelant le plus haut degré de retenue. Mais, ont-ils insisté, ce critère exigeait du Groupe spécial qu'il aille au-delà des motifs donnés par le TCCE pour fonder sa décision. Il requérait que les allégations soient appréciées par un examen en profondeur du dossier administratif.

Tout en reconnaissant le bien-fondé de la position des avocats des plaignantes en ce qui avait trait au critère d'examen applicable aux points litigieux de fond, les avocats des intimées et du TCCE ont fait valoir que les allégations de fond en cause n'obligeaient pas le Groupe spécial à procéder à une étude en profondeur du dossier administratif. Au contraire, les deux points en litige pouvaient et devaient être examinés simplement sur la base des motifs écrits donnés par le TCCE. L'avocat des intimées a également prétendu que, même si le critère d'examen n'était pas celui du caractère manifestement déraisonnable, il ferait néanmoins valoir que les décisions du TCCE sur les deux points de fond en litige n'étaient ni déraisonnables ni même incorrectes, selon les deux autres critères applicables en matière de contrôle judiciaire en droit canadien.

2. Motifs d'examen de procédure

Contrairement à la position qu'ils avaient adoptée au sujet des motifs d'examen de fond, les avocats des plaignantes ont prétendu que le Groupe spécial devait trancher selon la norme de la décision correcte leurs allégations selon lesquelles les directives du TCCE concernant les demandes de renseignements (DDR) et la procédure de communication préalable aux débats allaient à l'encontre des règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale. Les avocats des intimées et du TCCE ont soutenu le contraire. Ils ont fait valoir qu'en évaluant toute plainte au sujet des directives du TCCE relatives aux DDR, le Groupe spécial avait l'obligation de faire preuve à l'égard du TCCE d'une retenue assez considérable.

B. Le droit applicable

1. Aspects généraux

a. Le régime légal

Le paragraphe 1904(3) du chapitre 19 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*, intégré au droit canadien par la *Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, chap. 44, est ainsi conçu :

> Le groupe spécial appliquera les critères d'examen établis à l'annexe 1911, ainsi que les principes juridiques généraux qu'un tribunal de la Partie importatrice appliquerait à l'examen d'une détermination de l'organisme d'enquête compétent.

L'Annexe 1911 du chapitre 19 de l'ALÉNA porte :

> **Critères d'examen** désigne les critères ci-dessous, selon qu'ils pourront être modifiés de temps à autre par la Partie concernée :
>
> a) dans le cas du Canada, les motifs énoncés à l'alinéa 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, modifiée, pour ce qui concerne toutes les décisions finales ;

Le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985) (modifié par L.C. 1990, chap. 8) spécifie que tout tribunal ou organisme administratif régi par cette loi est soumis au contrôle judiciaire de la Cour, si celui-ci, selon le cas :

> a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer ;
>
> b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter ;
>
> c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier ;
>
> d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ;
>
> e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages ;
>
> f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

b. Le critère d'examen

Malgré que le texte des dispositions du paragraphe 18.1(4), prises dans leur sens littéral, puisse porter à croire que le critère d'examen approprié en vertu de chacune de ces dispositions soit celui de la décision correcte, la Cour suprême du Canada et la Cour fédérale du Canada ont pour ainsi dire toujours interprété les termes de cette disposition (et de celles qui l'ont précédée) comme étant assujetties aux principes de la common law canadienne relatifs au contrôle judiciaire. Dans la mesure où le paragraphe 1904(3) de l'ALÉNA oblige le Groupe spécial à appliquer les « principes juridiques généraux » qu'un tribunal canadien devrait appliquer lorsqu'il contrôle une décision du TCCE, il nous faut nous aussi donner effet à la common law en la matière.

En vertu de ces principes de la common law sur le contrôle judiciaire, il existe différents degrés de scrutation par la juridiction judiciaire des décisions d'instances de toutes sortes, instituées en vertu de la loi ou de la prérogative. La norme appropriée d'intervention est fonction d'une analyse « pragmatique et fonctionnelle » de la nature du tribunal administratif et de sa compétence d'attribution ; elle va de la décision correcte, à une extrémité de la gamme, en passant par la norme intermédiaire du caractère déraisonnable, au caractère manifestement déraisonnable, à l'autre extrémité de la gamme.

Un exemple typique de cette jurisprudence nous est donné par l'arrêt de la Cour suprême du Canada *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, cité et invoqué par les plaignantes. Dans cet arrêt, la Cour était saisie d'une demande de contrôle judiciaire, en application de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'une décision du Tribunal canadien des importations, prédécesseur du TCCE, rendue (comme en l'espèce) en vertu de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.C. 1984, chap. 25. La Cour suprême a reconnu que, s'agissant du contrôle judiciaire des décisions d'un tribunal spécialisé, comme le Tribunal canadien des importations, statuant sur des questions de sa compétence, alors qu'une clause privative les sauvegardait, elle ne devait intervenir que dans les seuls cas où la juridiction administrative avait statué de façon manifestement déraisonnable sur une question de fait ou de droit. Ce n'était que dans le cas des rares dispositions limitant réellement sa compétence que le critère du contrôle judiciaire était celui de la décision correcte. Ce faisant, la Cour (aux pp. 1369 et 1370) reconnaissait expressément qu'elle entendait circonscrire la portée « très large » des motifs de contrôle judiciaire prévus à l'époque par les dispositions pertinentes de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Comme il a déjà été dit, les plaignantes ne contestent pas que les deux questions de fond en litige soient du ressort du TCCE et que, par conséquent, relativement à celles-ci, les seules questions qu'il faut réellement poser soient, d'abord, celle de savoir si le critère de contrôle judiciaire que doit appliquer le Groupe spécial est aujourd'hui en quoi que ce soit différent de celui qui a été reconnu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *National Corn Growers* et, ensuite, si aucun changement n'est intervenu, celle de savoir ce qu'implique précisément le critère du caractère manifestement déraisonnable par rapport à ces deux questions.

2. Décision sur les questions de fond

a. La norme appropriée

À l'époque où l'arrêt *National Corn Growers* a été rendu, le paragraphe 76(1) de la LMSI comportait une clause privative portant que : « les ordonnances ou conclusions du Tribunal sont définitives ». Le juge Gonthier, qui a rédigé les motifs de la majorité, s'appuie précisément (à la p. 1370) sur le libellé de ce paragraphe pour justifier une norme de retenue en matière de contrôle judiciaire :

> En l'espèce, l'art. 76 de la LMSI prévoit que, sauf certaines exceptions limitées, la décision du Tribunal est définitive. Compte tenu de cette disposition, notre Cour ne touchera donc à la décision du Tribunal que si ce dernier a outrepassé sa compétence en arrivant à des conclusions manifestement déraisonnables.

Mais cette disposition a été modifiée ; la modification est entrée en vigueur le 1er janvier 1994. La clause privative a été supprimée. Le paragraphe 76(1) est désormais ainsi conçu :

> 76. (1) Sous réserve du paragraphe 61(3) et des parties I.1 et II, les ordonnances ou conclusions du Tribunal prévues à la présente loi sont sujettes au contrôle judiciaire de la Cour d'appel fédérale pour l'un des motifs prévus au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Compte tenu du contexte dans lequel ce changement est survenu — la modification de la LMSI en conséquence de l'adhésion du Canada à l'ALÉNA —, on s'est inévitablement demandé si l'objectif de ce changement était un examen plus serré par le juge et par les groupes spéciaux du bien-fondé des décisions prises dans les litiges commerciaux par le TCCE. La Cour suprême du Canada n'a pas encore été saisie de cette question, mais la Cour d'appel fédérale a, dans l'ensemble, rejeté cet argument et continué à appliquer le critère du caractère manifestement déraisonnable au contrôle des décisions du TCCE sur les questions relevant de sa compétence.

Dans l'affaire *Association canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, n° du greffe A-473-96, 31 janvier 1997, (1997), 208 N.R. 329 (C.A.F.), la Cour a fait observer (à la p. 332) que :

> ...les autres facteurs justifiant la retenue judiciaire, plus particulièrement l'économie de la loi, l'objet de l'enquête ainsi que la nature spécialisée et l'expertise du Tribunal, sont toujours présents.

Plus récemment, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514, le juge Linden de la Cour d'appel a reconnu que la norme du contrôle judiciaire des matières relevant de la compétence du TCCE était celle du caractère manifestement déraisonnable. Du même coup, il a réitéré que la norme de la « décision correcte » devait être limitée aux cas où le TCCE « définit les limites de sa compétence ».

Subséquemment, le Groupe spécial saisi de l'affaire de *Certaines tôles d'acier au carbone laminées, originaires ou exportées du Mexique* (*Décision du Groupe spécial sur les critères d'examen et renvoi)*, du 19 mai 1999, CDA-97-1904-02 (Groupe spécial, chap. 19 de l'ALÉNA), a reconnu que l'arrêt *Symtron Systems* reflétait l'état actuel du droit canadien. Du même coup, les membres du Groupe spécial, à la majorité, ont souligné que, s'il était vrai qu'il n'y avait plus de clause privative, en vertu de la LMSI, l'instance était toujours introduite par voie de demande de contrôle judiciaire et non d'appel prévu par la loi. Ce facteur militait fortement en faveur de l'application du critère du caractère manifestement déraisonnable plutôt que de celui du caractère déraisonnable *simpliciter*.

Le point de vue des tribunaux judiciaires sur la suppression de la clause privative au paragraphe 76(1) a reçu le soutien de la Cour suprême du Canada dans la mesure où celle-ci accepte maintenant que la présence ou l'absence d'une clause privative n'est que l'un des facteurs qui, selon une approche « pragmatique et fonctionnelle », permettent de déterminer la norme appropriée de contrôle : arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Il se dégage de cette jurisprudence que, sur les points qui ne touchent pas vraiment à la compétence, la norme à appliquer aux décisions du TCCE demeure celle du « caractère manifestement déraisonnable ». D'ailleurs, il semble bien que les parties l'aient admis, en particulier les plaignantes, qui l'ont reconnu explicitement. Nous concluons donc qu'en ce qui a trait à la directive du paragraphe 1904(3) du chapitre 19 de l'ALÉNA, le critère d'examen des deux questions de fond soulevées par les plaignantes est celui du caractère manifestement déraisonnable.

b. <u>Application du critère du caractère manifestement déraisonnable</u>

Dans leurs observations tant écrites qu'orales, les avocats des plaignantes ont invoqué l'extrait suivant des motifs du juge Gonthier dans l'arrêt *National Corn Growers*, précité (à la p. 1370) :

> Dans certains cas, le caractère déraisonnable d'une décision peut ressortir sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier. Dans d'autres cas, il se peut qu'elle ne soit pas moins déraisonnable mais que cela ne puisse être constaté qu'après une analyse en profondeur.

Cela soulève la question de savoir, en l'espèce, si le Groupe spécial a l'obligation d'aller au-delà des motifs donnés par le TCCE et, en particulier, d'examiner les allégations des plaignantes selon lesquelles la décision était manifestement déraisonnable, compte tenu du dossier administratif constitué par le TCCE.

Après mûre réflexion, nous sommes d'avis que les motifs d'examen que les plaignantes ont fait valoir n'exigent pas une analyse en profondeur du dossier. Pour en arriver à cette conclusion, nous nous basons d'une façon générale sur l'extrait suivant des motifs du juge Evans

de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, 25 janvier 2000, A-365-98 (C.A.F.) [inédit] (au par. 18) :

> [L]es faits en litige en l'espèce relèvent manifestement des connaissances spéciales du TCCE et, à moins que la Cour ne fasse preuve d'une grande retenue et ne résiste à l'invitation des producteurs nationaux de soumettre les conclusions à un examen minutieux en dépouillant le dossier, elle risque de reconsidérer les conclusions tirées par le tribunal spécialisé.

Il faut cependant préciser qu'à aucun moment les plaignantes n'ont prétendu que les constatations de fait du TCCE ou que les conclusions qu'il a tirées de ces faits n'étaient pas étayées par le dossier administratif. Ils alléguaient plutôt dans leurs plaintes que les motifs du TCCE comportaient des lacunes et des incohérences et que les motifs reposaient sur des erreurs de droit et de principe, y compris des déductions que ne justifiaient pas les faits constatés. Aussi avons-nous limité notre examen de la décision du TCCE à une évaluation, à l'aune de la norme du caractère manifestement déraisonnable, de l'Exposé des motifs du TCCE. Nous nous en sommes tenus à l'Exposé des motifs, sans prendre connaissance du dossier administratif.

Ici encore, néanmoins, en ce qui a trait à certains aspects de cet examen des motifs du TCCE, nous nous sommes inspirés de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, précité (aux par. 25 et 26) :

> Étant donné la nature discrétionnaire du pouvoir décisionnel conféré au Tribunal par le paragraphe 76(4), il est impossible de dire dans l'abstrait que l'un des facteurs dont le Tribunal tient normalement compte dans les cas de ce genre a en soi une si grande importance que le Tribunal doit toujours en parler dans ses motifs, dès que les parties soulèvent la question. Il appartient au Tribunal de déterminer l'importance d'un facteur donné à la lumière des conclusions tirées au sujet des autres facteurs.
>
> Il incombe à la demanderesse de démontrer que tout facteur à l'égard duquel le Tribunal n'a pas rendu une conclusion motivée avait, eu égard aux faits de l'affaire, une importance si manifeste que le Tribunal était tenu en droit d'en parler expressément dans les motifs de sa décision…

c. <u>Violation des règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale dans les directives concernant les demandes de renseignements</u>

Comme l'ont fait valoir les avocats des plaignantes, les tribunaux canadiens ont généralement estimé que la norme d'examen appropriée était celle de la décision correcte lorsque la violation des règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale était en cause. Transcr., à la p. 13. Mais, dans certains cas, les tribunaux ont reconnu une latitude considérable aux tribunaux et aux organismes administratifs en matière de procédure. Tout récemment, dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, Madame le juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour, a décrit (au paragraphe 27) les

circonstances dans lesquelles il fallait aborder avec une telle retenue les règles de procédure adoptées par un office ou un tribunal administratif, ainsi que les décisions prononcées sur celles-ci :

> L'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité devrait également prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances : Brown et Evans [*Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Cahier à anneaux)] aux pp. 7-66 à 7-70. Bien que, de toute évidence, cela ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles : *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, le juge Gonthier.

En l'espèce, la principale préoccupation des plaignantes relativement à la procédure portent sur les prétendues déficiences des règles que le TCCE a élaborées et imposées en l'espèce pour la communication préalable de documents en la possession des parties adverses. Sur ce point particulier de la communication préalable, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale rendu par le juge MacGuigan dans l'affaire *CIBA-Geigy Ltd. c. Canada* (*Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425, (1994), 170 N.R. 360 (C.A.F.), bien qu'il ne soit pas directement applicable, est néanmoins très instructif. Dans cette instance concernant des prix excessifs introduite devant le Conseil d'examen, on voulait obtenir la communication de documents en la possession du Conseil. Au nom de la Cour d'appel, le juge MacGuigan (au paragraphe 5) cite un long extrait du jugement de première instance du juge McKeown ([1994] 3 C.F. 425, aux pp. 445 et 446). Les passages suivants sont les plus pertinents en l'espèce :

> Le Conseil a décidé de refuser la divulgation des documents demandés et je dois, en vertu du principe de la déférence judiciaire, respecter cette décision à moins que l'équité ou la justice naturelle s'y oppose. Une décision quant à la divulgation ne peut être prise de façon abstraite. Le Conseil est censé agir efficacement et protéger les intérêts du public. Il faut donc, entre autres, éviter de prolonger indûment les audiences. Celui qui fait l'objet d'une audience en matière de prix excessif a certainement le droit de connaître les arguments présentés contre lui ; cependant, il ne devrait pas être autorisé à obtenir toute la preuve que le Conseil a obtenue dans l'exercice de ses fonctions de réglementation, dans l'intérêt du public, du seul fait qu'elle pourrait avoir un rapport avec la question en litige… Le droit et des questions de principe exigent qu'une certaine latitude soit accordée à un tribunal administratif exerçant des fonctions de réglementation économique… La procédure devant ces tribunaux n'est pas censée revêtir un caractère aussi contradictoire que la procédure suivie devant un tribunal judiciaire. Le fait d'exiger du Conseil qu'il divulgue tous les renseignements susceptibles d'être pertinents parmi ceux qu'il recueille dans l'exercice de ses fonctions de réglementation, entraverait indûment son travail d'un point de vue administratif. L'équité est toujours une question d'équilibre entre divers intérêts.

Nous sommes saisis en l'espèce d'une demande de communication de documents en la possession des parties, et non du tribunal ou de l'organisme administratif, mais les considérations dont fait état le juge McKeown (auxquelles la Cour d'appel fédérale a souscrit expressément), ont de toute évidence une certaine pertinence. Aux termes de l'article 17 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), chap. 47 (4^{e} suppl.), le TCCE est une cour d'archives, possédant toutes les attributions d'une cour supérieure pour la « production et l'examen de pièces ». L'article 35 de la Loi précise en outre :

> Les séances du Tribunal sont conduites de la façon qui lui paraît la plus efficace, la plus équitable et la plus expéditive dans les circonstances.

L'une et l'autre disposition présupposent l'existence d'un pouvoir et d'une latitude considérables du TCCE dans l'élaboration de règles de procédure qui répondent aux besoins des secteurs particuliers de réglementation qui ressortissent à son autorité ou à sa compétence. À la vérité, il semblerait que ce doive être tout particulièrement le cas en ce qui a trait à la procédure préalable à l'instruction, notamment en matière de communication des pièces en la possession des parties.

Comme l'a jugé la Cour d'appel fédérale dans son arrêt *Ciba-Geigy* précité, les tribunaux administratifs exerçant une fonction de régulation économique peuvent ne pas être engagés dans un processus administratif suffisamment analogue à l'instance pénale pour que cela entraîne l'application des principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *R.* c. *Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, selon lequel, dans une affaire criminelle, le ministère public est tenu en droit de divulguer à la défense tous les éléments de preuve qu'il possède. En outre, même dans le cas où les règles de l'équité procédurale en common law dicteraient que les parties ont droit à une forme de communication des éléments de preuve [comme dans l'affaire *Ontario (Ontario Human Rights Commission) v. Ontario (Board of Inquiry into Northwestern General Hospital)* [1993], 115 D.L.R. (4th) 279 (C. div. de l'Ont.)], les détails précis de cette procédure demeureraient des questions sur lesquelles le tribunal ou l'office a droit à la déférence et au respect du Groupe spécial. Il doit en être particulièrement ainsi en l'espèce, car la Loi, à son article 35, privilégie une procédure efficace et expéditive pour le TCCE et le TCCE a réagi à cette exigence de la Loi en cherchant diligemment à établir une procédure de communication de pièces au préalable qui satisfasse à ces fins tout en permettant un échange ordonné de l'information avant l'audience.

Il est vrai que les *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*, SOR/DORS/91-499 (modifiées), promulguées en vertu du paragraphe 39(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, ne prévoient pas expressément la communication préalable, mais, depuis novembre 1996, le TCCE se sert de la procédure de demande de renseignements (DDR) pour [TRADUCTION] « faciliter l'enquête en améliorant l'échange de l'information en temps utile entre toutes les parties en cause avant l'audience » (Note aux avocats et aux parties au dossier en date du 3 juin 1998). Cette procédure a fait l'objet de directives que le TCCE a révisées afin d'améliorer l'efficacité de la procédure. En l'espèce, les parties ont été informées que les modifications les plus récentes qui avaient été apportées aux directives étaient applicables.

Tous ces facteurs tendent fortement à indiquer que sur cet aspect particulier de la procédure d'enquête ou d'audition, le Groupe spécial doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard du TCCE. Il y a lieu d'accorder une « grande importance » aux choix du TCCE dans la détermination des paramètres généraux, et même des détails précis, de la procédure relative aux demandes de renseignements.

En fait, Madame le juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Baker*, précité, ne précise pas quel degré de retenue s'impose, eu égard au choix de la procédure, parmi la gamme des normes de contrôle judiciaire que la Cour suprême applique aux décisions de fond. Elle n'est que l'un des facteurs dont le tribunal contrôlant la décision doit tenir compte pour décider si le tribunal ou l'organisme administratif s'est ou non conformé aux exigences de la common law en matière d'équité procédurale ou de justice naturelle. Néanmoins, dans la mesure où les choix de procédure en cause ont été laissés par le législateur à l'appréciation du TCCE, il apparaît légitime de conclure que le choix de la procédure de communication préalable du TCCE relève de ses pouvoirs discrétionnaires. Dans cette mesure, le reste des motifs de Madame le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker* devient directement pertinent. Or, elle affirme que l'examen de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires doit maintenant être considéré comme devant faire l'objet de l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » qui dictera quel sera, des trois critères d'examen, celui qui est approprié.

D'ailleurs, nous avons déjà établi les facteurs décisifs de cette analyse « pragmatique et fonctionnelle » qui font en sorte que cet exercice d'un pouvoir discrétionnaire en matière de procédure s'inscrit dans les paramètres généraux des décisions ou des choix de procédure dont Madame le juge L'Heureux-Dubé fait explicitement mention dans l'arrêt *Baker*. À tout le moins, ces facteurs indiquent que le Groupe spécial ne doit pas intervenir dans les choix du TCCE quant à la procédure de communication préalable applicable à moins que ses choix ou les mesures qu'il a prises dans un cas donné ne soient déraisonnables.

Toutefois, dans la mesure où les directives concernant la communication préalable n'ont, de toute évidence, pas encore été définitivement arrêtées et n'ont pas encore été incorporées aux règles officielles du TCCE, ce qui exige la consultation du ministre et l'approbation du gouverneur en conseil, nous avons décidé que la norme appropriée d'intervention ou d'examen de la procédure ou de son application dans un cas particulier n'était pas celle du caractère manifestement déraisonnable.

III. LA NON-EXCLUSION DE STREAMLINE DE LA BRANCHE DE PRODUCTION NATIONALE

A. <u>Le pouvoir discrétionnaire du TCCE pour déterminer la branche de production nationale</u>

Les plaignantes contestent la décision du TCCE d'inclure Streamline, une filiale de Mueller, dans la branche de production nationale aux fins de son réexamen en vertu du paragraphe 76(2). Elles font valoir qu'en n'excluant pas Streamline, le TCCE a abusé du

pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 2(1) de la LMSI (définition de branche de production nationale).

La LMSI confère un large pouvoir discrétionnaire au TCCE. Il peut inclure ou exclure un producteur national lié à un exportateur ou à un importateur de marchandises faisant l'objet d'un dumping. Le paragraphe 2(1) définit ainsi la « branche de production nationale » :

> L'ensemble des producteurs nationaux de marchandises similaires ou les producteurs nationaux dont la production totale de marchandises similaires constitue une proportion majeure de la production collective nationale des marchandises similaires ; toutefois, lorsqu'un producteur national est lié à un exportateur ou à un importateur de marchandises sous-évaluées ou subventionnées… le terme désigne le reste des producteurs nationaux.

Afin d'exclure un producteur de la branche de production nationale, le TCCE doit d'abord constater qu'un producteur canadien donné est *lié* à un exportateur ou à un importateur de marchandises sous-évaluées.

Le paragraphe 2(1.2) porte :

> (1.2) Pour l'application de la définition de « branche de production nationale » [au paragraphe 2(1)], le producteur est lié à l'exportateur ou à l'importateur dans l'un ou l'autre des cas suivants :
>
> a) directement ou indirectement, le producteur contrôle l'importateur ou l'exportateur, ou est contrôlé par l'un ou l'autre,
>
> b) le producteur et l'exportateur ou l'importateur, selon le cas, sont contrôlés directement ou indirectement par un tiers,
>
> c) le producteur et l'exportateur ou l'importateur, selon le cas, contrôlent directement ou indirectement un tiers,
>
> et il y a des motifs de croire que le producteur ne se comporte pas envers l'exportateur ou l'importateur de la même manière qu'un producteur non lié.

Il appert du rapprochement des paragraphes 2(1) et 2(1.2) que le TCCE a un pouvoir discrétionnaire considérable pour ce qui est d'inclure ou d'exclure un producteur national en fonction de ses liens avec un exportateur ou un importateur de marchandises sous-évaluées. Seuls viennent limiter ce pouvoir discrétionnaire les derniers mots du paragraphe 2(1.2), qui exigent en outre, pour qu'un producteur national puisse être tenu pour « lié » aux fins de la définition de l'expression « branche de production nationale », qu'il y ait « des motifs de croire que le producteur ne se comporte pas envers l'exportateur ou l'importateur de la même manière qu'un producteur non lié ».

B. Abus d'un pouvoir discrétionnaire

En soutenant qu'il y a abus d'un pouvoir discrétionnaire, les plaignantes affirment que le TCCE, dans sa décision, n'a pas tenu compte comme il le devait : a) des fins visées par la LMSI ; b) du contrôle de Streamline par Mueller. De plus, elles soutiennent que le TCCE n'a pas tenu compte de : c) l'effet de l'opposition de Streamline à la prorogation des conclusions, et de la prétendue utilisation de la LMSI « à la façon d'une épée contre d'autres producteurs canadiens » qui aurait découlé de cette opposition. Ces carences, font valoir les plaignantes, constituent des erreurs de droit. En fait, les plaignantes soutiennent qu'il fallait obligatoirement tenir compte de ces divers arguments.

La LMSI, cependant, n'oblige à prendre en considération aucun facteur particulier. Au contraire, comme il a été exposé précédemment, le TCCE est investi par la Loi d'un large pouvoir discrétionnaire. Vu ce pouvoir, conjugué au critère du caractère manifestement déraisonnable appelant à la retenue, critère d'examen approprié en l'espèce, il est extrêmement difficile d'infirmer la décision du TCCE de ne pas exclure Streamline. En outre, il ressort de l'Exposé des motifs, à notre avis, que le TCCE a tenu compte plus qu'adéquatement des facteurs cités par les plaignantes.

1. Les fins visées par la LMSI

Les plaignantes, dans un premier temps, prétendent qu'il est indispensable de tenir compte des fins visées par la LMSI, pour exercer à bon escient le pouvoir discrétionnaire qui y est conféré. Elles soutiennent ensuite que la fin principale de la LMSI est la protection des producteurs canadiens. La fin essentielle de la LMSI, d'après les plaignantes, est la protection des producteurs nationaux contre les importations déloyales : Mémoire des plaignantes, à la p. 28. S'il est vrai que la LMSI protège comme il se doit les producteurs canadiens des importations déloyales, elle défend également les intérêts des consommateurs canadiens de marchandises sous-évaluées en limitant les ordonnances antidumping aux seuls cas où un dommage est causé à la branche de production nationale. La LMSI met également en oeuvre en droit canadien les accords très élaborés qu'a conclus le Canada dans le cadre de divers traités de commerce internationaux, sauvegardant ainsi également les intérêts des exportateurs et des importateurs de marchandises étrangères.

Même si la protection des producteurs nationaux était la fin principale de la LMSI, il ne s'ensuivrait pas que Streamline, un producteur canadien, n'aurait pas droit à la protection de cette loi. Si l'on acceptait l'argument des plaignantes, l'exclusion d'un producteur lié de la branche de production nationale ne serait plus l'effet d'une décision discrétionnaire, mais bien un résultat dicté par la loi. Telle n'était pas l'intention du législateur dans le cas présent.

2. Le contrôle exercé par Mueller

Le TCCE reconnaît que Mueller contrôle Streamline. Les plaignantes font valoir qu'après avoir conclu au contrôle, le TCCE était obligé d'exclure Streamline de la branche de

production nationale. Ici encore, l'argument des plaignantes mène, semble-t-il, à la négation de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire.

Le paragraphe 2(1.2) oblige effectivement le TCCE à rechercher si l'exportateur ou l'importateur n'exerce pas un contrôle sur le producteur lié mais, suivant ses termes mêmes, il ne l'oblige pas à l'exclure. À la vérité, si le TCCE devait conclure dans un cas particulier qu'il n'y a aucun motif de croire « que le producteur ne se comporte pas envers l'exportateur ou l'importateur de la même manière qu'un producteur non lié », il ne pourrait juger que le producteur et l'exportateur ou l'importateur sont liés aux termes de le paragraphe 2(1). Le TCCE n'aurait alors pas le pouvoir formel d'exclure ce producteur particulier de la branche de production nationale. Si tant est que la LMSI ait des dispositions impératives quant à la branche de production nationale, ce serait pour obliger, le cas échéant, le TCCE à *inclure* un producteur.

Les plaignantes semblent confondre le contrôle qui oblige à rechercher si un producteur est « lié » aux termes du paragraphe 2(1.2) de la LMSI avec le contrôle effectif des opérations commerciales. Le contrôle opérationnel peut être exercé indépendamment par une firme liée et, si contrôle il y a, le TCCE peut, à bon droit, en tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de ne pas exclure une firme de la branche de production nationale. Le TCCE constate que « Streamline maîtrise la gestion de son exploitation courante d'une manière indépendante de Mueller… » : Exposé des motifs, à la p. 19. Il constate également que « ses ventes [celles de Streamline] au Canada durant la période visée par le réexamen ont principalement été faites à partir de la production nationale » : Exposé des motifs, à la p. 19. Il note en outre qu'il a été démontré à sa satisfaction que cette stratégie selon laquelle la production nationale de Streamline dessert le marché canadien ne changera pas à court terme, ni à moyen terme. Ces facteurs sont favorables à l'inclusion de Streamline dans la branche de production nationale malgré ses rapports avec Mueller.

Le TCCE a donc jugé que : 1) Mueller contrôlait Streamline au sens de l'alinéa 2(1.2)a) de la LMSI ; 2) Streamline maîtrisait la gestion de son exploitation courante suffisamment pour justifier son inclusion dans la branche de production nationale. Ces deux constatations ne sont pas incompatibles.

Il est manifeste que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'inclure Streamline dans la branche de production nationale, le TCCE s'est interrogé au sujet de l'existence et de l'effet du contrôle de Streamline par Mueller. L'Exposé des motifs renferme l'analyse par le TCCE des effets du contrôle de Streamline par Mueller. Les plaignantes ne peuvent soutenir que l'élément contrôle n'a pas été évalué par le TCCE.

3. L'effet de l'opposition de Streamline

Les plaignantes font valoir que le TCCE avait l'obligation d'exclure Streamline de la branche de production nationale parce que Streamline, contrairement aux plaignantes, a défendu l'annulation des conclusions du TCCE. On voit difficilement en quoi peut être pertinente la position adoptée au cours du litige par un producteur en particulier, lié ou non lié, relativement à son inclusion dans la branche de production nationale ou à son exclusion par le TCCE dans le

cadre de son réexamen prévu par le paragraphe 76(2). Les plaignantes n'ont pas été empêchées de plaider en faveur de la prorogation des conclusions par l'inclusion de Streamline dans la branche de production nationale. Si le TCCE avait exclu Streamline de la branche de production nationale, les vues de Streamline sur l'annulation des conclusions auraient été soutenues aussi efficacement par la société mère Mueller. Il n'y a tout simplement aucun rapport entre la décision d'inclure Streamline dans la branche de production nationale et la possibilité, pour toute partie au litige, de défendre sa position propre en l'espèce.

C. L'Exposé des motifs était adéquat

L'Exposé des motifs reprend de façon très détaillée l'analyse faite par le TCCE dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de ne pas exclure Streamline de la branche de production nationale. S'il est vrai que le critère d'examen ne nous force pas à nous pencher sur le caractère raisonnable de l'Exposé des motifs du TCCE, si ce n'est pour déterminer qu'au vu du dossier, il n'est pas entaché d'erreur, nous notons néanmoins l'exhaustivité et la cohérence des motifs fondant la décision du TCCE sur la branche de production nationale. Les plaignantes n'ont pu démontrer aucune incohérence entre les considérations exposées dans les motifs et le dossier de la cause.

D. Absence d'abus de pouvoir discrétionnaire

La LMSI attribue un large pouvoir discrétionnaire au TCCE pour ce qui est d'inclure des producteurs liés dans la branche de production nationale ou de les en exclure dans le cadre du réexamen prévu par le paragraphe 76(2). La LMSI n'oblige pas le TCCE a tenir compte de facteurs particuliers lorsqu'il statue sur ce point. Par conséquent, le TCCE jouit d'un pouvoir discrétionnaire tant en ce qui a trait aux considérations qu'il estime pertinentes qu'en ce qui concerne sa décision elle-même. Nous n'avons conclu à aucun abus de ce pouvoir discrétionnaire, selon le critère d'examen du caractère manifestement déraisonnable. Le vaste pouvoir discrétionnaire attribué au TCCE, conjugué à la déférence dont il nous faut faire preuve eu égard à ce critère d'examen, amène le Groupe spécial à constater que le TCCE n'a commis aucune erreur en décidant de ne pas exclure Streamline de la branche de production nationale.

IV. CAUSALITÉ

Les plaignantes font valoir que l'analyse du TCCE au chapitre de la causalité ne satisfait pas aux exigences du paragraphe 76(4) de la LMSI : « À la fin du réexamen… le Tribunal rend une ordonnance *motivée* annulant ou prorogeant l'ordonnance ou les conclusions avec ou sans modification, selon le cas » (italiques ajoutés). D'après les plaignantes, l'Exposé des motifs n'énonce pas les « motifs » qui fondent la décision du TCCE que le dumping (qui reprendra probablement selon le Tribunal) ne causera pas de dommage sensible à la branche de production nationale. Plus précisément, les plaignantes soutiennent que le TCCE, en ne quantifiant pas le dumping qu'effectueront les producteurs américains de leurs marchandises à l'avenir, force le Groupe spécial à constater que l'Exposé des motifs du TCCE est inadéquat. Toutefois, comme il a été dit précédemment, ni la Loi ni les règlements n'obligent le TCCE à calculer les marges de

dumping pour procéder à son analyse de la causalité. D'ailleurs, en l'espèce, le TCCE a donné des motifs précis dans son Exposé des motifs pour lesquels il concluait que le dumping des producteurs américains ne causerait probablement pas de dommage sensible à la branche de production nationale. Par conséquent, compte tenu de la déférence dont il lui faut faire preuve envers le TCCE en toute matière ayant rapport à la causalité, le Groupe spécial confirme la décision du TCCE.

A. L'analyse de la causalité par le TCCE

En vertu des paragraphes 76(2) et 76(4) de la LMSI, le TCCE peut réexaminer et annuler une ordonnance qu'il a précédemment rendue dès lors qu'il motive cette décision. Or il faut noter que cette loi ne guide aucunement le TCCE dans le réexamen prévu par le paragraphe 76(2). Le TCCE a donc choisi de procéder à ces réexamens en commençant par rechercher s'il y avait probabilité d'une reprise du dumping et, dans l'affirmative, si ce dumping causerait probablement un dommage sensible à la branche de la production nationale. Le TCCE doit satisfaire à deux conditions seulement : 1) sa décision définitive ne doit pas être manifestement déraisonnable ; 2) il doit fonder sur des « motifs adéquats » sa décision définitive afin de l'expliquer : voir l'arrêt *Stelco Inc. c. Procureur général du Canada*, n° du greffe A-365-98, 25 janvier 2000, Cour d'appel fédérale, paragraphe 24 (inédit).

Dans son Exposé des motifs du 16 octobre, le TCCE a jugé que la probabilité d'une reprise du dumping ne causerait pas de dommage sensible à la branche de la production nationale : Exposé des motifs, aux pp. 17 à 22. Pour tirer cette conclusion, le TCCE s'est intéressé à toute une série de facteurs, dont les changements de la conjoncture du marché depuis sa conclusion qu'il y avait dommage, les volumes et les prix probables des importations sous-évaluées et le rendement récent de la branche de production nationale et son rendement futur probable. En particulier, le TCCE a fait les constatations suivantes :

- Depuis 1995, la conjoncture du marché national s'est stabilisée et les circonstances de la branche de production nationale se sont améliorées sensiblement ;
- Les importations d'origine américaine ont baissé de façon remarquable et la part du marché des fabricants canadiens s'est accrue d'autant ;
- Entre 1995 et 1997, le volume du marché national a augmenté de 24 pour 100 et les ventes, à partir de la production nationale, ont augmenté de 30 pour 100 ;
- Les ventes de la production nationale ont de façon persistante été faites à des prix sensiblement inférieurs aux prix de vente des importations des États-Unis ;
- En général, les importations des États-Unis n'ont pas été vendues à des prix sous-évalués ;
- Les importations des États-Unis sont généralement vendues en plus faibles quantités, à des prix plus élevés, pour combler la rareté des produits des producteurs nationaux et non

en concurrence directe avec la production nationale ;

- À mesure que les producteurs nationaux ont continué d'élargir leur gamme de production, ils ont compté de moins en moins sur les produits importés pour compléter leur gamme de produits ;

- Tout dumping de la part des trois exportateurs désignés devrait probablement se limiter à un petit volume de produits, sera intermittent et ne perturbera pas sensiblement le marché canadien ;

- D'autres facteurs, comme la concurrence intensive au niveau des prix entre les producteurs nationaux, et non un éventuel dumping des producteurs américains, auront probablement davantage d'influence sur le rendement de la branche de production nationale dans un proche avenir.

Le TCCE, Streamline et Mueller estiment que ces constatations ne sont pas manifestement déraisonnables. Aussi l'Exposé des motifs satisfait-il au paragraphe 76(4) ; il donne une explication adéquate des constatations justifiant sa conclusion que tout dumping de la branche américaine ne causera pas de dommage sensible à la branche de production nationale.

B. La quantification du dumping

Les plaignantes ne contestent pas que les preuves qui ont été versées au dossier viennent étayer les conclusions du TCCE : voir Transcr., à la p. 94. Elles soutiennent plutôt que l'Exposé des motifs du TCCE est inadéquat (et donc que son raisonnement est manifestement déraisonnable) parce qu'il ne comporte aucune quantification de la marge de dumping probable en l'absence de l'ordonnance. Les plaignantes ne citent cependant aucune autorité qui puisse fonder leur assertion que le TCCE doit quantifier le dumping pour pouvoir procéder à son analyse de la causalité. Elles citent l'arrêt *Moldex Ltd. c. Beneke Industries Ltd.* (1984), 7 C.E.R. 323 (C.A.F.) pour soutenir leur conclusion que le TCCE doit quantifier le dumping. Voir Transcr. À la p. 77. Mais cet arrêt n'a aucune pertinence au regard du point en litige. Dans l'affaire *Moldex*, les plaignantes avaient soutenu que le préjudice était « sensible » si, de quelque façon, il influait sur les opérations des producteurs nationaux. Voir l'arrêt *Moldex*, à la p. 324. La Cour n'a pas partagé cette opinion et a dit qu'une telle définition de la « sensibilité » n'avait aucun mérite : *Ibid.* Cette conclusion n'étaye donc en rien la prétention que le TCCE *doit* quantifier le dumping lorsqu'il procède à une analyse de la causalité.

Au contraire, d'autres tribunaux et groupes spéciaux ont jugé qu'il n'existait : « aucune norme administrative que nous pourrions appliquer pour évaluer l'analyse du Tribunal en l'espèce » : *Panneaux de béton*, à la p. 13 ; voir également l'arrêt *Sacilor Aciéries c. Tribunal anti-dumping* (1985), 9 C.E.R. 210 (C.A.F.), à la p. 214. Il est clair que le TCCE possède le pouvoir discrétionnaire de procéder à une analyse de la causalité de la façon dont il l'entend, pourvu que cette analyse ne soit pas manifestement déraisonnable et qu'elle soit convenablement expliquée dans les motifs. En l'espèce, l'analyse du TCCE est soutenue par le dossier (ce que les plaignantes ont reconnu) et le TCCE [TRADUCTION] « a expliqué sa conclusion sur les points

de première importance » de sa décision, comme il est dit ci-dessus. Voir l'arrêt *Stelco*, à la p. 10 (où il est jugé que le paragraphe 76(4) oblige le TCCE à motiver adéquatement ses décisions sans qu'il ait à statuer sur tous les points dont il a été saisi). Par conséquent, le Groupe spécial rejette l'assertion des plaignantes que, pour satisfaire au paragraphe 76(4), il fallait que le TCCE quantifie les marges de dumping.

C. Affirmations contradictoires

Les plaignantes font également valoir que le TCCE n'a pas satisfait au paragraphe 76(4) parce que son Exposé des motifs renfermerait certains commentaires contradictoires. En particulier, à la page 17, le TCCE dit que « ...certains articles *feraient inévitablement l'objet de dumping*... », alors qu'à la page 24, il dit que : « ...un tel dumping, *s'il se produit*, aura un caractère intermittent et n'atteindra pas des volumes et des prix susceptibles de perturber le marché national » (italiques ajoutés). Les plaignantes soutiennent que ces affirmations sont en soi contradictoires et que, par conséquent, le Groupe spécial devrait renvoyer l'affaire au TCCE pour qu'il éclaircisse sa décision.

Le Groupe spécial, toutefois, ne partage pas l'avis des plaignantes sur ce point. En premier lieu, remises dans leur contexte, ces affirmations sont raisonnablement compatibles : la première se réfère à l'inévitabilité que certains raccords (ouvrés ou coulés) fassent éventuellement l'objet de dumping au Canada ; la seconde, à la possibilité que seuls les raccords ouvrés fassent l'objet d'un dumping au Canada. Les deux affirmations ne sont pas forcément incompatibles vu que seuls les raccords ouvrés (et non les raccords coulés) feront *inévitablement* l'objet d'un dumping. En second lieu, même si les affirmations sont contradictoires, il ne s'agit pas là du type d'erreur manifeste ayant justifier le renvoi dans l'arrêt *Association canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, n° du greffe A-473-96, 31 janvier 1997, (1997) 208 N.R. 329 (C.A.F.), qu'invoquent les plaignantes dans la présente espèce. Par conséquent, le Groupe spécial rejette l'assertion des plaignantes selon laquelle il y aurait lieu de renvoyer l'affaire.

V. LA PROCÉDURE CONCERNANT LA DEMANDE DE RENSEIGNEMENTS

A. Le contexte

Les plaignantes soulèvent trois moyens relativement aux mesures prises par le TCCE à l'égard de la procédure de demande de renseignements (DDR). Comme il a été dit à la section II) B) 2) c), plus haut, la gestion de la procédure de communication préalable du TCCE relève de ses pouvoirs discrétionnaires et le critère d'examen approprié au regard de ces questions est celui du caractère déraisonnable. Avant d'en venir aux moyens précis invoqués par les plaignantes, il sera néanmoins utile d'exposer les faits qui forment la trame de ce litige.

- Le 20 mars 1998, le TCCE a délivré un Avis de réexamen qui établissait un calendrier des étapes et des dates de la procédure de réexamen.

- Le 3 juin, le TCCE a transmis par télécopieur une note à tous les avocats et à toutes les parties au dossier leur exposant quelle serait la procédure applicable en matière de DDR en l'instance. Il y indiquait que, comme dans deux affaires récentes, une procédure révisée serait utilisée, comportant une seule période pour les questions et les réponses, et non deux, comme cela avait été l'usage antérieurement, et que toute question qui n'aurait pu raisonnablement être posée au cours de cette période consacrée aux DDR pourrait être soulevée au cours des débats publics, à l'audience, laquelle était fixée au 18 août 1998.

- Le 4 juin, le TCCE a transmis par télécopieur des directives révisées au sujet des DDR. Les principales dates de la procédure étaient indiquées. Au troisième paragraphe de l'avis, l'on pouvait lire :

    - [TRADUCTION] « Dans certains réexamens et enquêtes récents, le nombre de demandes de renseignements adressées aux parties adverses a été inutilement élevé et, dans bien des cas, l'information demandée était peu pertinente, voire non pertinente, par rapport aux questions en litige devant le Tribunal. »

    - « Le Tribunal a donc rejeté, en tout ou en partie, certaines demandes de renseignements ». Il cite, à titre d'exemple, des demandes se rapportant aux éléments suivants :

        - un laps de temps excessif,
        - des marchandises ne faisant pas l'objet du litige,
        - des faits ou des activités dont l'intéressé avait directement connaissance,
        - de l'information publique,
        - un volume considérable d'informations à l'appui de données fournies en réponse aux questionnaires du Tribunal,
        - de la documentation relative à des plans d'entreprise que n'avait pas encore approuvés la haute direction de l'entreprise.

    L'avis expliquait ensuite que le TCCE attendait des parties qu'elles limitent les DDR excessives ou non pertinentes et que : [TRADUCTION] « lorsque la pertinence ou l'utilité de l'information demandée ne seront pas évidentes, les parties demandant l'information gagneront à exposer les raisons pour lesquelles elles la demandent, ainsi que sa pertinence ». L'avis ajoutait : « cela aidera le Tribunal lorsqu'il aura à statuer, de sa propre initiative ou en raison d'une opposition, sur l'opportunité des demandes et sur l'obligation, pour la partie interrogée, de répondre ».

- Le 9 juin, le TCCE a rejeté une requête en récusation du conseiller de l'une des parties au réexamen qui n'était pas avocat, faisant observer ceci :

[TRADUCTION] Étant une instance administrative, le Tribunal est moins formaliste que les tribunaux judiciaires. Le Tribunal estime qu'étant donné la nature quasi judiciaire de l'instance et son obligation concomitante d'agir équitablement, il s'ensuit que les parties sont en droit d'être représentées par un conseiller [citation omise] comme le prévoit la Loi sur le TCCE, et de l'être par le conseiller de leur choix. Le Tribunal autorise régulièrement les parties à être représentées par d'autres personnes que des avocats : par des consultants en matière commerciale, des économistes et des comptables. Le Tribunal n'a pas été convaincu par les arguments des avocats de Cello qu'un changement dans la pratique du Tribunal était justifié en l'espèce. De plus, exiger du professeur Mathewson qu'il ait quelque expérience du prétoire ou des débats devant le Tribunal, ou d'autres juridictions, pour qu'il soit autorisé à occuper à titre de conseiller d'Amcast et d'Elkhart en l'espèce, comme le demande l'avocat de Cello, serait, de l'avis du Tribunal, insérer une condition supplémentaire dans la définition des personnes qui sont « assimilées » à « l'avocat » d'une partie au paragraphe 45(4) de la *Loi sur le TCCE*.

- Le 15 juin, les avocats des plaignantes ont transmis des DDR à Nibco, Streamline et Mueller. Les demandes, et les oppositions auxquelles elles ont donné lieu, et les décisions et l'état des appels formés, sont indiqués au tableau n° 1 de l'Appendice. Plusieurs demandes étaient faites pour de l'information qui avait trait à des marchandises qui ne faisaient pas l'objet du litige, l'un des exemples expressément mentionnés dans l'avis du 4 juin du TCCE de demande susceptible d'être rejetée parce que portant sur un nombre de documents trop élevé et peu pertinente, voire non pertinente. Les demandes des plaignantes ne fournissaient aucun motif ou explication tendant à établir la pertinence de ces demandes, ou de quelque autre demande.

- Le 18 juin, les avocats de Nibco ont déposé des oppositions, qui figurent aux tableaux n° 1A et B de l'Appendice.

- Le 19 juin, les avocats des plaignantes ont demandé un délai, jusqu'au 25 juin, pour répondre aux oppositions faites par Nibco.

- Le 22 juin, les avocats de Streamline et Mueller se sont opposés aux DDR des plaignantes, oppositions qui figurent au tableau n° 1C de l'Appendice.

- Le 22 juin également, les avocats de Nibco se sont opposés à la demande des plaignantes en vue d'obtenir un délai, jusqu'au 25 juin, pour répondre aux oppositions, faisant valoir que la note du 4 juin du TCCE invitait les parties à expliquer la pertinence et la raison d'être de leurs DDR dès le départ, et que les plaignantes avaient décidé de ne pas se prévaloir de cette possibilité. De plus, les avocats de Nibco ont cité un précédent, l'affaire *Tôles d'acier laminées à froid* (Réexamen n° RR-97-007), dans laquelle le TCCE avait refusé d'accepter des explications *ex post facto*.

- Les 22 et 23 juin (mémoires distincts), les avocats des plaignantes ont répondu à la lettre du 22 juin de Nibco, faisant valoir que les principes de l'équité procédurale et de la justice naturelle fondaient le droit des plaignantes de répondre aux oppositions, et que la pertinence et l'utilité des DDR étaient [TRADUCTION] « évidentes et s'expliquaient d'elles-mêmes », ajoutant que l'un des avocats des plaignantes avait [TRADUCTION] « joué un rôle très limité dans l'affaire *Tôles d'acier laminées à froid* », mais que les avocats de la plaignante n'étaient pas au fait de la position du Tribunal dans cette affaire, s'opposant enfin à la production tardive des oppositions de Streamline, ainsi qu'au caractère superficiel des oppositions de Nibco. Le second mémoire, en date du 23 juin, une justification de 19 pages des DDR des plaignantes, n'a pas été admis par le TCCE comme réponse aux oppositions; il ne figure pas au dossier.

- Le 25 juin, les avocats de Streamline ont produit leur réponse à la lettre du 22 juin des plaignantes, soutenant que les directives du TCCE du 4 juin étaient claires, rappelant au TCCE que ces règles étaient fondées sur le simple bon sens et un désir d'être équitable envers toutes les parties et que les questions de la pertinence et du volume des écritures en ce qui concernait les DDR étaient « claires et nettes » et que le TCCE devait maintenant statuer.

- Le 26 juin, le TCCE a statué sur les DDR. Dans l'extrait pertinent, le TCCE :

  - A pris en considération les moyens et les arguments qu'ont fait valoir les plaignantes dans leurs lettres des 19, 22 et 23 juin par lesquelles elles demandent qu'on leur accorde la possibilité de répondre aux oppositions et contestent celles-ci au motif qu'elles seraient superficielles ;

  - A refusé de connaître de toute opposition produite tardivement de Streamline et Mueller hors les cas où elle serait semblable à celles produites dans les délais par Nibco ;

  - A retourné la seconde lettre du 23 juin des avocats de Bow, la qualifiant de réponse aux oppositions ;

  - A rappelé aux parties que la procédure des DDR [TRADUCTION] « à ce stade du réexamen doit forcément être limitée aux questions qui, de toute évidence, sont pertinentes au regard des points en litige. La procédure de demande de renseignements du Tribunal diffère de la procédure de l'interrogatoire ou de la communication préalable, de portée plus large et qui prend plus de temps, que connaissent bien les avocats occupant dans des procès au civil. Le Tribunal a une idée précise des demandes et des réponses nécessaires, à son avis, à un examen régulier et complet des points en litige » ;

  - A fait observer que : [TRADUCTION] « si une partie a le sentiment que, nonobstant les décisions du Tribunal, il y a un point qui doit absolument être pris en considération, elle peut notifier les parties intéressées avant l'audience

de son intention de le soulever au cours des débats conformément aux règles de procédure qui ont été remises aux parties le 4 juin 1998 ».

- Le 3 juillet, le TCCE a retourné aux plaignantes leurs lettres des 22, 23 et 25 juin, qu'elles voulaient produire en réponse aux oppositions de Nibco et Streamline-Mueller.

- Le 10 juillet, le TCCE a indiqué qu'il allait remettre aux parties le 15 juillet les réponses aux DDR et il leur a rappelé qu'elles avaient la possibilité de signifier un avis des [TRADUCTION] « questions qui ont été soulevées » après la production par les parties de leur argumentation et de leurs observations en réponse.

- Le 13 juillet, les avocats des plaignantes ont informé les avocats de Nibco qu'ils devaient se préparer à répondre à l'audience à toute une série de questions qui semblent couvrir les mêmes points que les DDR qui n'ont pas été admises et à fournir de la documentation sur ces questions. On trouvera une comparaison des sujets des DDR et de l'Avis des questions soulevées (AQS) au tableau n° 2 de l'Appendice.

- Le 14 juillet, les avocats de Streamline ont fait opposition au point 15 de la demande de documentation de l'AQS que Streamline a décrite comme [TRADUCTION] « une procédure complémentaire de DDR » qui sollicitait expressément des informations sur des questions que le TCCE avait jugées non pertinentes au cours de la procédure de DDR ; ils ont demandé au TCCE de rejeter la demande, afin de ne pas alourdir la procédure et occasionner des frais inutiles.

- Le 16 juillet, les avocats de Nibco ont fourni un tableau comparatif des DDR des plaignantes et des demandes de renseignements contenues dans l'AQS du 13 juillet, s'opposant à la présentation de l'AQS pour tous les points à l'égard desquels les DDR avaient déjà été rejetées par le TCCE.

- Le 16 juillet également, les avocats des plaignantes ont répondu aux oppositions de Streamline, citant la note du 4 juin du TCCE et soutenant qu'en autorisant un AQS, [TRADUCTION] « le Tribunal a donné aux parties la possibilité de présenter des demandes de renseignements après étude des preuves produites par toutes les parties ». Dans cette lettre, les plaignantes ont cité aussi l'avis du 26 juin du TCCE, affirmant qu'en résumé le passage clé voulait dire ceci : [TRADUCTION] « Ainsi le Tribunal a prévu que les AQS pourraient traiter non seulement des thèses des parties et des observations données en réponse par le fabricant, mais aussi de questions importantes qu'il fallait prendre en considération et pour lesquelles le Tribunal avait décidé de ne pas exiger de réponses aux demandes de renseignements ». En outre, les avocats des plaignantes ont fourni une raison pour chacune des demandes de renseignements de l'AQS litigieux.

- Le 21 juillet, les avocats des plaignantes ont répondu aux oppositions produites par les avocats de Nibco, réitérant ce qu'ils avaient dit dans leur lettre du 16 juillet

adressée à Streamline et expliquant en quoi les éléments demandés étaient pertinents et utiles, y compris ceux précédemment refusés au cours de la procédure de DDR.

- Le 31 juillet, le TCCE a rendu sa décision. Il a estimé qu'il devait tenir compte : I) de la pertinence de l'information demandée ; II) du volume des écritures qu'elle représente ; III) de sa spécificité ; IV) du fait que suffisamment d'informations avaient déjà été versées au dossier. Compte tenu de l'information déjà versée au dossier, le TCCE a dit qu'il avait [TRADUCTION] « bien cerné, parmi les questions contenues dans les avis de questions soulevées, celles qui étaient nécessaires à un réexamen régulier et complet de cette nature ». Au regard des questions ayant trait aux DDR jugées irrecevables dans la lettre du 26 juin du TCCE, la décision du 31 juillet a admis deux des trois catégories de demandes, y compris toutes les demandes antérieurement rejetées au sujet de marchandises ne faisant pas l'objet du litige. La demande portant sur les contrats de vente et tout contrat de service conclus avec M. Sargeant — dont les avocats de Nibco avaient antérieurement nié l'existence — a été rejetée pour impertinence.

B. La nature des attributions du TCCE

Les plaignantes concluent à l'erreur en ce qui concerne la procédure de DDR, tout d'abord, en arguant de passages de la décision du TCCE du 26 juin 1998, qui refuse trois des DDR des plaignantes pour impertinence, ainsi que de la décision du 9 juin sur la question de la représentation d'une partie au réexamen par une autre personne qu'un avocat. Précisément, les plaignantes citent l'extrait suivant de la lettre du 26 juin du TCCE :

> [TRADUCTION]
>
> Compte tenu du calendrier serré qui a été établi pour procéder à ce réexamen en vertu de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, le Tribunal désire rappeler aux parties que la procédure de demande de renseignements adressées aux parties adverses à ce stade du réexamen doit forcément être limitée aux questions qui, de toute évidence, sont pertinentes au regard des points en litige. La procédure de demande de renseignements du Tribunal diffère de la procédure de l'interrogatoire ou de la communication préalable, de portée plus large et qui prend plus de temps, que connaissent bien les avocats occupant dans des procès au civil. Le Tribunal a une idée précise des demandes et des réponses nécessaires, à son avis, à un examen régulier et complet des points en litige.

Les plaignantes contestent l'affirmation du TCCE selon laquelle sa procédure serait de portée [TRADUCTION] « moins large », ainsi que son insistance sur son [TRADUCTION] « calendrier serré ». À ces arguments, les plaignantes ajoutent l'affirmation du TCCE dans sa lettre du 9 juin selon laquelle le Tribunal, étant une instance administrative, est moins formaliste que les tribunaux judiciaires, et sa mention de la nature quasi judiciaire de l'instance. Selon les plaignantes, il appert de ces affirmations que le TCCE a mal interprété ses attributions légales et son pouvoir [TRADUCTION] « de prendre pleinement en considération et d'admettre les

preuves pertinentes » (Mémoire des plaignantes, aux pp. 39 et 41).

Après un examen approfondi des pièces du dossier et des arguments des plaignantes sur ce point à l'audience du 8 février, le Groupe spécial n'est toujours pas convaincu que le TCCE ait abusivement interprété l'étendue de ses attributions. Comme il a été dit précédemment, le TCCE possède « les attributions d'une cour supérieure d'archives » : art. 17 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*. Aux termes de l'article 35 de cette loi , « [l]es séances du Tribunal sont conduites de la façon qui lui paraît la plus efficace, la plus équitable et la plus expéditive dans les circonstances ».

Il ressort clairement de l'article 35 que le TCCE s'est vu attribuer le pouvoir d'exercer ses « pouvoirs, droits et privilèges » d'une façon en quelque sorte moins formaliste et plus expéditive que les tribunaux judiciaires, pourvu que ce soit de la façon « la plus équitable… dans les circonstances ». Comme il a été dit à la section II. B) 1) c) ci-dessus, la Cour fédérale du Canada a pris acte de ces différences dans la procédure des instances introduites devant les tribunaux administratifs et elle a rappelé l'importance qu'il fallait attacher à l'équité procédurale et le fait que l'équité procédurale exigeait de rechercher le juste équilibre entre les intérêts parfois opposés des parties : arrêt *CIBA-Geigy Ltd. c. Canada* (*Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425, au par. 32.

Les passages des décisions des 9 et 26 juin qu'attaquent les plaignantes, lorsque celles-ci sont prises dans leur intégralité, ne disent pas autre chose. Quand il a dit qu'« [é]tant une instance administrative, le Tribunal est moins formaliste que les tribunaux judiciaires », le TCCE ne faisait que reprendre le texte de l'art. 35 de sa loi constitutive. L'ensemble de la phrase de la décision du 9 juin, dans laquelle le TCCE fait mention de sa « nature quasi judiciaire » montre clairement que c'est ce fondement qui est la source « de son obligation concomitante d'agir équitablement » et de sa décision de permettre à une partie d'avoir le conseiller de son choix, plutôt que d'indiquer que le TCCE est investi d'un pouvoir plus limité ou qu'il peut se permettre de faire peu de cas des droits des parties. De même, les extraits de la décision du 26 juin où il est dit que la procédure de DDR « diffère de la procédure de l'interrogatoire ou de la communication préalable, de portée plus large et qui prend plus de temps, que connaissent bien les avocats occupant dans des procès au civil » et où il est question du calendrier « serré qui a été établi pour procéder à ce réexamen… », s'insèrent dans l'analyse générale que fait le TCCE de ce qui lui paraît nécessaire à un « examen régulier et complet des points en litige ». Aussi, après un examen plus approfondi des passages faisant l'objet de l'opposition, le Groupe spécial ne convient pas que le TCCE a mal interprété la nature de ses attributions.

L'argument des plaignantes, cependant, semble avoir un autre objet. Citant l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Magnasonic Canada Limited c. Tribunal antidumping*, [1972] C.F. 1239 (C.A.), aux pp. 1246 à 1249, elles laissent entendre que le TCCE a manqué à son « obligation de prendre pleinement en considération et d'admettre les preuves pertinentes » en insistant trop sur la portée « moins large » de la communication préalable et sur un « calendrier serré » pour procéder au réexamen : Mémoire des plaignantes, à la p. 41. Elles font valoir que le TCCE a permis, à tort, que ces considérations viennent limiter l'étendue de certaines de leurs DDR. Mais elles reconnaissent que le TCCE a le droit de limiter la procédure de communication préalable et

l'admissibilité de la preuve à ce qu'il juge pertinent (Mémoire des plaignantes, à la p. 41; Transcr., à la p. 133) et il ne fait pas de doute que le régime instauré par la Loi impartit des délais plutôt serrés pour le réexamen.

Confronté au besoin de concilier des facteurs contradictoires d'équité procédurale envers toutes les parties et des contraintes légales en matière de délais, le TCCE, dans ses lettres des 3 et 4 juin, a adopté, de l'avis du Groupe spécial, une attitude appropriée et raisonnable. Les lettres : 1) préviennent les parties que, dans cette instance, comme dans diverses affaires récentes, une seule ronde de DDR sera autorisée ; 2) expliquent que les questions qui n'auront pu raisonnablement être posées au cours de cette seule période pourront l'être à l'audience ; 3) mettent en garde les parties à propos de demandes qui risqueront d'être rejetées parce qu'elles ne sont pas pertinentes ou dont le nombre est inutilement élevé; 4) précisent : « lorsque la pertinence ou l'utilité de l'information demandée ne sera pas évidente, les parties demandant l'information gagneront à exposer les raisons pour lesquelles elles la demandent, ainsi que sa pertinence. Cela aidera le Tribunal lorsqu'il aura à statuer, de sa propre initiative ou en raison d'une opposition, sur l'opportunité des demandes et sur l'obligation, pour la partie interrogée, de répondre ». La lettre du 4 juin donnait une liste d'exemples de demandes qui avaient été rejetées, dont des demandes au sujet de « marchandises ne faisant pas l'objet du litige ». Les plaignantes avaient donc été avisées que leurs DDR au sujet de marchandises qui ne faisaient pas l'objet du litige risquaient d'être rejetées et qu'aucune possibilité de répondre aux oppositions aux DDR ne serait offerte. Malgré ces avertissements clairs, elles ont décidé de ne pas donner de raison expliquant la pertinence de leurs DDR en l'espèce.

La question qui se pose sur ce point est de savoir si le TCCE a agi déraisonnablement en refusant les DDR des plaignantes dans ces circonstances. De l'avis du Groupe spécial, la décision du TCCE sur ce point l'obligeait à peser diverses considérations d'équité procédurale pour toutes les parties —, dont le désir des plaignantes d'obtenir cette information, le fait qu'elles n'avaient pas donné les raisons pour lesquelles elles en avaient besoin, après avoir été informées qu'une telle demande risquait d'être rejetée et le fardeau imposé aux parties adverses obligées de répondre si les DDR étaient autorisées. Cet état de choses a obligé le TCCE à faire appel à son expertise, or, comme il a été exposé précédemment, la décision prise par le TCCE dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ne sera infirmée que si elle est déraisonnable. Pour plusieurs raisons, elle ne l'est pas.

En premier lieu, les plaignantes se sont vu offrir la possibilité de donner les raisons pour lesquelles elles présentaient leurs DDR et elles ont été prévenues régulièrement que l'objet de celles qui sont en cause prêtait à controverse et qu'antérieurement de semblables avaient été refusées. L'argument qu'elles ont fait valoir à l'audience, à savoir que [TRADUCTION] « le choix des mots avait été malheureux » dans la lettre du 4 juin du TCCE lorsque celui-ci avait dit « lorsque la pertinence ou l'utilité de l'information demandée ne sera pas évidente les parties… gagneront à exposer les raisons… » (Transcr., à la p. 98), cela ayant placé les plaignantes dans la situation inconfortable d'avoir à décider s'il leur fallait ou non expliquer la pertinence de leurs DDR, est difficile à croire quand on sait qu'elles ont été informées que leurs demandes concernant des marchandises qui ne faisaient pas l'objet du litige risquaient fort d'être rejetées.

En second lieu, les plaignantes ont eu d'autres possibilités d'obtenir l'information qu'elles voulaient. La lettre du 26 juin informait sans ambages les parties qu'en cas de désaccord avec les décisions du TCCE, si elles avaient le sentiment qu'un point devait être traité, elles pouvaient le soulever au cours de la procédure d'AQS. Elles se sont prévalues de cette possibilité, produisant un AQS le 13 juillet demandant des informations qui reprenaient de près les DDR qui avaient été rejetées le 26 juin. D'ailleurs, les conseillers de Streamline et Nibco s'y sont vivement opposés dans les lettres qu'ils ont produites les 14 et 16 juillet, disant que les demandes contenues dans l'AQS n'étaient « qu'un second essai » et fournissant un tableau comparatif en colonnes pour montrer que les plaignantes considéraient la procédure d'AQS comme [TRADUCTION] « une invitation à poser à nouveau (en des termes différents il est vrai) les mêmes questions qui avaient été examinées exhaustivement par le Tribunal et jugées [non pertinentes] dans sa lettre du 26 juin 1998 ». Malgré ces récriminations, les plaignantes ont été autorisées à répondre aux oppositions et, le 16 juillet, se sont appuyées sur les lettres des 4 et 26 juin du TCCE pour établir que le TCCE désirait que la procédure d'AQS donne [TRADUCTION] « aux parties la possibilité de faire des demandes de renseignements après étude des preuves produites par toutes les parties » et que [TRADUCTION] « ainsi, le Tribunal a prévu que les Avis de questions soulevées pourraient traiter non seulement des thèses des parties et des observations données en réponse par le fabricant, mais aussi de questions importantes qu'il fallait prendre en considération et pour lesquelles le Tribunal avait décidé de ne pas exiger de réponses aux demandes de renseignements ». Les plaignantes ont également donné une explication des raisons pour lesquelles les demandes antérieures qui avaient été rejetées étaient pertinentes. Comme le montre le tableau n° 2, deux des trois demandes antérieurement rejetées, y compris celles ayant trait à des marchandises qui ne faisaient pas l'objet du litige, ont été admises.

En troisième lieu, au cours des débats, il a été demandé aux plaignantes si elles soutenaient que la situation correspondait à celle décrite par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, à la p. 491, où il avait noté : « Il pourra toutefois arriver que le rejet d'une preuve pertinente ait un impact tel sur l'équité du processus, que l'on ne pourra que conclure à une violation de la justice naturelle » : Transcr., à la p. 126. De plus, il a été demandé à l'avocat des plaignantes si elles avaient fait des observations lors de l'audience du 18 août 1998 de l'affaire et si elles avaient dit que la décision du 26 juin sur les DDR avaient compromis pour eux les possibilités de prouver leur thèse : Transcr., à la p. 127. L'avocat ne s'est pas rappelé avoir fait une telle observation (*ibid.*) et les mémoires des plaignantes ne font pas valoir cet argument. Comme les plaignantes ont pleinement profité de la possibilité qui s'offrait à elles d'obtenir l'information désirée au cours de la procédure d'AQS, faisant valoir avec force leurs droits découlant des déclarations faites par le TCCE dans ses lettres des 4 et 26 juin, elles ne semblent avoir subi aucun préjudice, et ce même si la décision du TCCE avait été mal fondée, et, de l'avis du Groupe spécial, elle ne l'était pas.

Les plaignantes s'appuient sur les arrêts *Magnasonic*, précité, et *Sarco Canada Limited c. Tribunal antidumping et al.* [1979] 1 C.F. 247 (C.A.) à la p. 258, aux par. d, e et f, à la p. 259, aux par. b, c, f, g, h, i et j, et à la p. 260, aux par. a, b et c, pour affirmer que la trop grande importance accordée par le TCCE à la pression des délais impartis par la Loi et à une procédure

de communication préalable de portée moins large a [TRADUCTION] « anéanti leur droit à une pleine et juste possibilité d'être entendues » : Mémoire des plaignantes, aux pp. 41 et 42. Toutefois, les plaignantes ont pu obtenir l'information qu'elles voulaient obtenir et n'ont pu démontrer que leur droit d'être pleinement et équitablement entendues avait été violé. Le Groupe spécial conclut que le TCCE n'a pas dérogé aux principes de justice naturelle et n'a pas agi déraisonnablement en interprétant l'étendue de ses attributions.

C. La prétention que le TCCE avait préjugé de la pertinence

Les plaignantes prétendent ensuite que le TCCE, en affirmant, dans sa décision du 26 juin sur la pertinence des DDR, qu'il avait [TRADUCTION] « soi-disant "une idée précise des demandes et des réponses nécessaires, à son avis" » se trouvait à préjuger de leur pertinence, manquant ainsi à la justice naturelle : Mémoire des plaignantes, à la p. 39. Les plaignantes vont jusqu'à dire qu'en affirmant avoir une [TRADUCTION] «"idée précise" sur l'admissibilité de ces documents [les DDR en cause], avant tout examen de l'information, le Tribunal entrave illicitement son pouvoir discrétionnaire et prend en considération un élément non pertinent » : Mémoire des plaignantes, à la p. 45. D'abord, il faut faire observer que les plaignantes font dire au TCCE ce qu'il ne dit pas : la décision du 26 juin portait sur l'étendue de la communication préalable, sans juger de l'admissibilité. De même, quand les plaignantes se fondent sur l'arrêt *Larocque*, précité, à la p. 487, elles se trompent, puisque l'arrêt *Larocque* aussi portait sur un refus de connaître de preuves admissibles et pertinentes, non sur la détermination des demandes de communication qui étaient appropriées, une distinction que les avocats des plaignantes ont admise aux cours des débats : Transcr., à la p. 134. Si tant est que l'arrêt *Larocque* soit applicable en l'espèce, il est instructif par son opinion incidente sur le pouvoir de l'autorité décisionnelle de décider de la pertinence :

> Je crois aussi, même si à mon avis il ne m'est pas nécessaire de décider de cette question dans le cadre du présent litige, que la compétence exclusive de l'arbitre de griefs sur la délimitation du litige a nécessairement pour corollaire sa compétence exclusive pour ensuite diriger en conséquence le débat, et qu'il peut, entre autres choses, choisir de n'admettre que la preuve qu'il estime pertinente à l'égard du litige tel qu'il a choisi de le délimiter. (*Ibid.*)

Sur les questions visées par sa décision du 26 juin, le Tribunal a statué que les plaignantes n'avaient pas démontré que leurs DDR étaient nécessaires alors que celles-ci portaient sur un sujet au regard duquel elles avaient été prévenues que le TCCE avait déjà jugé qu'il n'était pas pertinent dans des affaires du même genre. Elles n'ont fait aucun effort pour justifier leurs demandes en expliquant leur pertinence particulière en l'espèce. Il apparaît donc que le TCCE était fondé à décider que les demandes n'étaient pas pertinentes.

L'assertion des plaignantes, au paragraphe 121 de leur mémoire, qu'à moins que le TCCE n'ordonne la production de l'information demandée et ne l'examine, il ne pouvait licitement en déterminer la pertinence et il entravait illicitement son pouvoir discrétionnaire, est insoutenable. Au contraire, pareille prise de position priverait le TCCE de son pouvoir discrétionnaire, en ne

lui laissant pas le choix d'ordonner la production de toute information qu'une partie pourrait exiger et en ne lui permettant pas de ne décider de la pertinence qu'après l'examen de celle-ci, forçant ainsi les parties à supporter un fardeau et des coûts injustifiés.

Les plaignantes n'ont pas établi que le TCCE a préjugé de la pertinence, n'a pas observé un principe de justice naturelle ou agi déraisonnablement par ses affirmations dans sa décision du 26 juin au sujet des demandes qui étaient nécessaires à un examen complet et régulier des questions en litige. Au contraire, il apparaît que le TCCE a appliqué son expertise, acquise par l'expérience d'affaires du même genre, à rechercher quels types de demandes de renseignements étaient susceptibles de produire des preuves pertinentes. Les plaignantes se sont vu offrir la possibilité de démontrer qu'il en était autrement, mais elles ne s'en sont pas prévalues. Il entrait parfaitement dans les attributions discrétionnaires du TCCE de décider comme il a décidé et le Groupe spécial n'estime pas qu'il était déraisonnable d'agir ainsi.

D. L'assertion concernant une nouvelle norme de pertinence

Enfin les plaignantes disent que la décision du 26 juin du TCCE a eu pour effet de créer une nouvelle norme plus stricte « de la pertinence évidente » au regard des DDR. La phrase que contestent les plaignantes est la suivante : « Compte tenu du calendrier serré qui a été établi pour procéder à ce réexamen en vertu de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, le Tribunal désire rappeler aux parties que la procédure de demande de renseignements adressées aux parties adverses à ce stade du réexamen doit forcément être limitée aux questions qui, de toute évidence, sont pertinentes au regard des points en litige ».

On ne sait pas vraiment quelle était la signification de l'expression « qui, de toute évidence, sont pertinentes » dans l'instance inférieure. Telle quelle, elle était un « rappel » aux parties des limitations qu'il était nécessaire d'apporter aux DDR « à ce stade du réexamen ». Elle ne donnait aucunement à penser qu'elle s'appliquerait telle quelle à des stades ultérieurs de l'instance ou au regard des preuves pouvant être versées au dossier. D'ailleurs nous savons que tel n'a pas été le cas, puisque les plaignantes ont demandé la même information au cours de la procédure d'AQS et qu'elles ont été autorisées à exiger sa production. Qui plus est, la détermination par le TCCE de l'information qui serait requise au cours de la procédure de DDR semble avoir été basée non pas sur cette portion de la lettre du 26 juin, mais sur l'appréciation par le TCCE de ce qui était « nécessaire [...] à un examen régulier et complet des points en litige ». Rien n'indique que les plaignantes se soient opposées alors à ce qu'elles considèrent maintenant comme l'invocation d'une nouvelle norme, plus stricte, de pertinence ni qu'elles aient attribué le rejet de certaines DDR à l'application d'un tel facteur. Les plaignantes n'ont donc aucunement établi que le passage cité de la décision du TCCE du 26 juin sur la norme de pertinence faisait fi des principes de justice naturelle ou constituait un exercice déraisonnable de l'expertise et du pouvoir discrétionnaire du TCCE.

Pour tous les motifs qui précèdent, le Groupe spécial ne tient pas pour déraisonnables les mesures prises par le TCCE au regard de la procédure relative aux demandes de renseignements.

VI. CONCLUSION

Pour les motifs exposés ci-dessus, le Groupe spécial confirme par les présentes les conclusions du TCCE exposées dans son ordonnance du 16 octobre 1998 au regard du Réexamen n° RR-07-008. Le Groupe spécial ordonne au Secrétaire canadien du Secrétariat de l'ALÉNA de délivrer un Avis des mesures finales du Groupe spécial conformément à l'article 77 des **Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'Article 1904 de l'ALÉNA**.

ORIGINAL SIGNÉ PAR :

D. Michael Kaye, président
D. Michael Kaye, président

Jeffery C. Atik
Jeffery C. Atik

Jane C. Luxton
Jane C. Luxton

E. Neil McKelvey, o.c., c.r.
E. Neil McKelvey, o.c., c.r.

David J. Mullan
David J. Mullan

Délivré le 3 avril 2000.

APPENDICE

TABLEAU n° 1A

Demande adressée par Cello à Nibco

Information demandée	Opposition	Réponse	Décision du 26 juin	Contestation en appel
1. Échéancier des paiements des ventes de marchandises, faisant et ne faisant pas l'objet du litige, de Nibco à NCI de 1996 à maintenant.	18 juin : opposition pour les marchandises ne faisant pas l'objet du litige, fondée sur la lettre du 4 juin du Tribunal.	La lettre du 24 juin dit que leur pertinence et utilité sont « apparentes et s'expliquent d'elles-mêmes » : opposition soi-disant superficielle et inadéquate.	Réponse ordonnée pour les marchandises faisant l'objet du litige seulement.	Qualification de « refus péremptoire ». Aucune description de pertinence dans les mémoires.
2. Copie des états financiers canadiens de Nibco pour 1995.	Aucune.	Aucune.	Fournir les états s'ils sont disponibles.	Qualification de « refus conditionnel ». Aucune description de pertinence dans les mémoires.
3. Copie du contrat de vente de Nibco Canada et des contrats qui s'y rapportent, et de tout contrat de service conclu par Cliff Sargeant et NCI ou Nibco.	Opposition : pas pertinent ; aucun contrat de service en existence.	Même réponse qu'en 1 pour la pertinence et à propos des oppositions.	Demande sans pertinence pour le Réexamen.	Qualification de « refus péremptoire ». Aucune description de pertinence dans les mémoires.
4. Expliquer la politique de prix de Nibco pour ses marchandises ne faisant pas l'objet du litige destinées à des clients américains, de 1996 à maintenant.	Opposition : pas pertinent et trop exigeant.	Même réponse qu'en 1.	Pas d'information requise sur des marchandises ne faisant pas l'objet du litige.	Qualification de « refus péremptoire ». Aucune description de pertinence dans les mémoires.
5. Copies des plans de commercialisation des ventes à venir sur le marché canadien des marchandises faisant l'objet du litige.	Pas d'opposition.	Même réponse qu'en 1.	Fournir si ces plans existent.	Qualification de « refus conditionnel ». Aucune description de pertinence dans les mémoires.
6. Copies des plans d'augmentation de la capacité de production des marchandises faisant l'objet du litige pour les cinq prochaines années.	Pas d'opposition.	Même réponse qu'en 1.	Fournir si ces plans existent.	Qualification de « refus conditionnel ». Aucune description de pertinence dans les mémoires.
7. [N'a pas été contestée.]				
8. Détails des prix d'exportation pour tous les marchés d'exportation, de 1995 à maintenant, pour les marchandises faisant l'objet du	Opposition : trop exigeant et sans pertinence.	Même réponse qu'en 1.	Fournir information sur exportations, avec détails, tel que	Aucune.

litige.			demandé dans le questionnaire.	
9. Copies des plans d'utilisation future de la capacité de production des marchandises faisant l'objet du litige pour les marchés américains et d'exportation.	Pas d'opposition.	Même réponse qu'en 1.	Fournir si ces plans existent.	Qualification de « refus conditionnel ». Aucune description de pertinence dans les mémoires.

TABLEAU n° 1B
Demande adressée par Bow à Nibco

	Opposition	Réponse	Décision du 26 juin	Contestation en appel
1. Conditions de vente des marchandises faisant l'objet, et ne faisant pas l'objet du litige, de Nibco à NCI de 1996 à maintenant.	Même opposition que l'opposition n° 1 à Cello au tableau n° 1A.	Opposition générale aux oppositions de Nibco ; pertinence et utilité sont « apparentes et s'expliquent d'elles-mêmes ».	Répondre au sujet des marchandises faisant l'objet du litige seulement.	Assertion que la décision du Tribunal constituait un « refus péremptoire ».
2. Copie du contrat de vente de Nibco Canada, et des contrats qui s'y rapportent, à Cliff Sargeant et/ou NCI.	Même opposition que l'opposition n° 3 à Cello au tableau n° 1A.	Comme ci-dessus et mention que la référence aux rapports entre Nibco et NCI est faite dans la Pièce B-1.	Jugé ne pas être pertinent.	Assertion que la décision du Tribunal constituait un « refus péremptoire ».
3. Détails de la politique de prix de Nibco pour ses marchandises ne faisant pas l'objet du litige destinées à des clients américains, de 1996 à maintenant.	Même opposition que l'opposition n° 4 à Cello au tableau n° 1A	Comme ci-dessus.	Aucune information sur des marchandises ne faisant pas l'objet du litige n'est requise.	Assertion que la décision du Tribunal constituait un « refus péremptoire ».
4. Détails de la politique de prix demandés par Nibco, pour ses marchandises ne faisant pas l'objet du litige, à NCI de 1996 à maintenant.	Même opposition que l'opposition n° 1 et 4 à Cello au tableau n° 1A	Comme ci-dessus.	Fournir l'information sur la politique de prix.	Pas d'opposition.

TABLEAU n° 1C

Demande adressée par Cello à Streamline et Mueller

	Opposition	Réponse	Décision du 26 juin	Contestation en appel
1. Copies des plans d'augmentation de la capacité de production de Mueller pour les cinq prochaines années.	Information visée par les questionnaires et donc redondante	Oppositions tardives (22 juin).	Fournir l'information si les plans existent.	Assertion que la décision constitue un refus conditionnel.
2. Copies des plans de commercialisation future des marchandises faisant l'objet du litige.	Information visée par les questionnaires.	Oppositions tardives (22 juin).	Fournir l'information si les plans existent.	Assertion que la décision constitue un refus conditionnel.
3. Copies des notes de service au sujet des réunions intervenues entre Mueller et/ou Streamline et le ministère du Revenu national.	Demandes fondées sur des hypothèses et sans pertinence.	Oppositions tardives (22 juin).	Demande non pertinente au regard du Réexamen.	« Refus péremptoire »
4. Documentation donnant les plans de Streamline pour les marchés européen et canadien si la constatation de dumping n'est pas rescindée.	Pas d'opposition.	Oppositions tardives (22 juin).	Fournir l'information si les plans existent.	Assertion que la décision constitue un refus conditionnel.
5. Détails des prix à l'exportation sur tous les marchés d'exportation des ventes de marchandises faisant l'objet du litige.	Sans pertinence, trop exigeant, « on va à la pêche ».	Oppositions tardives (22 juin).	Suffisamment d'information fournie par les réponses au questionnaire.	« Refus péremptoire ».
6. Copies de tout plan donnant l'utilisation future de la capacité de production des marchandises faisant l'objet du litige pour les marchés des É.-U. et d'exportation de Mueller.	Sans pertinence, trop exigeant, « on va à la pêche ».	Oppositions tardives (22 juin).	Donner l'information si ces plans existent.	« Refus conditionnel »

- TABLEAU n° 2

Comparaison des DDR refusées et des AQS

-

DDR	Décision du 26 juin	Question soulevée	Documentation demandée	Décision du 31 juillet
1. Échéancier des paiements des ventes de marchandises, faisant et ne faisant pas l'objet du litige, de Nibco à NCI de 1996 à maintenant [Cello n° 1, Bow n° 1 et 4].	L'information sur des marchandises ne faisant pas l'objet du litige n'est pas pertinente.	1. Différences entre les conditions de paiement et les échéances de paiement pour les ventes de Nibco à NCI faisant l'objet du litige et celles ne le faisant pas	Conditions de paiement et notes de service internes traitant de leurs raisons d'être.	Accordée.
2. Copie du contrat de vente de Nibco Canada et des documents s'y rapportant et copie de tout contrat de louage de services personnels passés conclus entre Cliff Sargeant et NCI et/ou Nibco. [Cello n° 3, Bow n° 2].	N'est pas pertinent.	2. Expliquer comment la vente de Nibco Canada à NCI et/ou à Sargeant influe sur les ventes et les prix des distributeurs de Nibco des marchandises faisant l'objet du litige.	Contrat de vente de Nibco Canada et tout arrangement de financement s'y rapportant.	Jugé non pertinent.
3. Expliquer la politique de prix de Nibco pour ses marchandises ne faisant pas l'objet du litige vendues aux clients américains de 1996 à maintenant. [Celle n° 4, Bow n° 3].	L'information sur des marchandises ne faisant pas l'objet du litige n'est pas pertinente.	3. Différences, si différence il y a, entre les politiques de prix applicables aux marchandises ne faisant pas l'objet du litige vendues par Nibco à NCI et aux distributeurs américains, et tout effet sur les prix des marchandises faisant l'objet du litige.	Politiques des prix de 1995 à maintenant.	Accordée.

-